

الدكتور عبد الرزاق اصمحر السنهوري
أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق

وجوب تنقيح القانون المدنى المصرى
وعلى أى أساس يكون هذا التنقيح
بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الأهلية

نشرت بمجلة « القانون والاقتصاد » التى يصدرها أساتذة كلية الحقوق
السنة السادسة — العدد الأول

١٩٣٦

وجوب تنقيح القانون المدنى المصرى

وعلى أى أساس يكون هذا التنقيح

بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الأهلية

لحضرة الدكتور عبد الرزاق احمد السمرورى

أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق

مقدمة

المدرسة التاريخية والتقنين : ليس القانون بما يمكن حصره فى دفتى كتاب ، أو فى مجموعة من النصوص . وهذه حقيقة مفروغ منها ، ولا يمكن أن يتطرق إليها شك فى المرحلة التى وصلنا إليها من البحث العلمى . والفضل فى تقرير ذلك يرجع للمدرسة التاريخية ، وعلى رأسها الفقيه سافيني (Savigny) . فقد نجحت هذه المدرسة فى اثبات أن القانون كائن حى ، ينمو ويتطور فى البيئة التى نشأ فيها ، وهو أكثر مرونة من أن يعيش فى نصوص جامدة ، ما دامت الحياة فى تطور مستمر .

على أن صوغ القانون فى نصوص مرتبة ، ووضع هذه النصوص فى مجموعة مبنية ، وهذا ما نسميه بالتقنين (codification) ، إذا كان لا ينسجم انسجاماً تاماً مع هذه الحقيقة ، فإنه لا يصطدم معها . فالقانون ، وهو يتدرج فى مراحل تطوره ، يكون فى حاجة الى أن يسجل ، فى وقت ما ، على الصورة التى وصل إليها فى ذلك الوقت ، على ألا تكون هذه الصورة نهائية ، فليس للقانون نهاية ، الا اذا قيل ان العالم اذا وصل فى تقدمه الى مرحلة معينة ، بلغ الغاية من الكمال ، وركد بعد ذلك لا يتطور .

واذا كان سافيني قد شن الغارة على التقنين ، ونادى بإفلامه ، فإن الأيام

قد أظهرت أنه لم يكن على حق في هذه الحملة . فالفائدة العملية للتقنين لا يمكن انكارها ، كما تشهد بذلك تجارب الأمم ذات التشريعات المتقننة .

وقد ظهر أن جمع القانون يساعد كثيرا على تقريره للجمهور ، وتمييد سبله لمن شاء أن يعرفه ، ومعرفة القانون ضرورة في كثير من الأحيان . ولا نقول ان هذا الجع من شأنه أن يحصر القانون في حيز محدود للمعالم ، كما زعم بنقام وأوستن ، فان القانون مهما كان جمعه متقنا ، لا يلبث أن يكسر هذه القيود ، التي أريد على أن ينكش فيها ، فينمو الى جانب القانون المكتوب ، قانون غير مكتوب ، هو من عمل القضاء والفقه ، قد يصل مع الزمن الى أن يكون له المكان الأول من الخطر والاعتبار ، ولا يكون القانون المكتوب بجانبه الا صورة ناقصة أو غامضة للقانون الواقعي الذي تطبقه المحاكم .

منى يكونه التقنين ضروريا : هذه نهاية لا مناص من الوصول اليها . ولكن ذلك لا يعنى أن تقنين القوانين عبث لا فائدة فيه ، فان هذا التقنين مفيد ، بل هو ضرورى في بعض الأحيان . واذا كان بعض دعاة التقنين قد خابت آمالهم ، ولم يتحقق ما تنبأوا به ، فذلك لا يرجع لعيب في فكرة التقنين ذاتها ، بل لأن هؤلاء الدعاة فهموا مهمة التقنين على أنها حصر للقانون ، وبالفوا في التناؤل ، حتى توهموا أن هذا الحصر ممكن .

أما المعتدلون فقد علموا أن للتقنين مهمة غير هذا الحصر ، فهو قد يكون ضروريا اذا أريد توحيد القانون في بلد تعددت فيه القوانين ، كما كان الأمر في فرنسا قبل صدور قانون نابليون في أول القرن التاسع عشر ، وكما كان الأمر في ألمانيا قبل صدور القانون الألماني في أول القرن العشرين وكما هو الأمر في مصر حتى الآن بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية .

ويكون التقنين ضروريا كذلك اذا أريد ادخال قانون أجنبي في بلد يحسب أنه في حاجة الى هذا الاصلاح ، كما تم الأمر في مصر عند ما أدخل فيها القانون الفرنسى ، أو في تركيا عند ما تطلعت الى الغرب في تشريعها فأدخلت القانون السويسرى برمته في بلادها .

منى يكوره التقنين مفسرا : والتقنين بعد كل ذلك مفيد من نواح مختلفة . فهو يساعد عامة الناس بل وخاصتهم على تعرف الأحكام القانونية كما ذكرنا ، ويعين على اثارة الطريق الذى يجب أن يسلكه القانون فى مراحل تقدمه ، اذ هو بتسجيله المرحلة التى وصل اليها التشريع وقت التقنين يكون قد رسم له بذلك خطة للسير فى مراحل المستقبل ، فيسير على هدى الماضى متصل الحلقات . والتقنين يساعد كذلك على تقريب قوانين الأمم المتباينة بعضها من البعض الآخر ، وهو أكبر معين على دراسة القانون المقارن ، والأداة التى يتم بها توحيد القانون فى الأمة الواحدة وبين الأمم المختلفة .

تنقيح التقنين : على أن للتقنين أضرارا ، وأهم ضرر نشير اليه هو أن القانون المجمع لا يلبث مع الزمن أن يصير قديما ، لا يعبر بأمانة عن القانون الذى تطبقه المحاكم ، كما سبقت الإشارة الى ذلك . ولا علاج لهذا النقص الا بالتنقيح . ومن قال بفائدة التقنين فقد قال بضرورة التنقيح .

ومن العوامل التى تعجل التعجيل بالتنقيح أمرا ضروريا سوء وضع التقنين فى مبدأ الأمر ، وعدم العناية بصوغه . وتظهر عيوب التقنين عند التطبيق ، فتى أظهرت التجارب أنه لم يعد صالحا ، وجب تنقيحه تنقيحا عاما شاملا ولا يمكن الاعتماد على القضاء فى ذلك . فان القضاء اذا استطاع ، بالتطبيق الحكيم لنصوص القانون ، أن يصلح فيه عيوب جزئية ، وأن يعالج النقص فى بعض نواحيه ، فهو لا يستطيع أن يجعل هذا الاصلاح عاما شاملا لجميع النواحي ، والا خرج عن مهمته الى مهمة التشريع ، وهى مهمة لا يصلح لها ، اذ هو بطبيعة عمله لا يضع حلولا عامة ، بل ينظر فى أقضية خاصة ، ويعطى لكل قضية حلا ذاتيا عادلا . على أنه اذا فرض أن القضاء قام بمهمة التنقيح الشامل ، فان مزية التقنين تضع ، لأن المقصود بالتقنين هو أن يجمع أحكام القانون كتاب واحد ، يسهل الرجوع اليه ، فاذا قام القضاء بتنقيح التقنين فى الأحكام التى يصدرها ، وهى متناثرة متفرقة ، أصبح القانون الذى تطبقه المحاكم ، وهو القانون الذى

يعتد به ، مخالفا لنصوص التقنين المجموعة ، فيكون القانون الحقيقي غير مقنن ولا مجموع . ويجب اذن أن نعيد جمعه من جديد ، وهذا هو التنقيح الشامل الذى قول بضرورته .

ثم ان هناك عاملا آخر يشجع على التنقيح الشامل ، نراه فى سرعة تقدم القانون المقارن ، اذ هو يخطط خطوات سريعة ، ويصل الى نتائج لم تكن معروفة من قبل ، ويساعد على ذلك أن أكثر الأمم قد قامت بتقنين قوانينها ، فسهلت للمقارنة بين قانون وآخر ، وظهرت من هذه المقارنة عيوب ومزايا كل قانون . وأصبح المشرع فى بلد لا يقدم على تشريع قبل أن يراجع مثيله فى البلاد الأخرى .

تنقيح القانون المدنى الفرنسى ومناقشة ذلك بمناسبة العيد المئتين لهذا القانون : وقد ناقش الفقهاء الفرنسيون ، بمناسبة العيد المئتين للقانون المدنى الفرنسى ، وجوب تنقيح هذا القانون ، بعد أن كان قد مضى قرن على وضعه ، وأظهرت التجارب عيوبه ومزاياه ، فانقسموا فى هذا الأمر الى فريقين ، فريق يرى وجوب التنقيح ، وفريق لا يرى ذلك ^(١) .

فأما الفريق الأول فيدلل على صحة رأيه بأن القانون المدنى الذى وضع فى سنة ١٨٠٤ أصبح الآن لا يتفق مع القانون الذى تطبقه المحاكم ، وما النصوص التى تقرأها فى قانون نابليون الا هيكل عظمى مجرد من الحياة ، اذا قيس الى القانون الحى الذى يعمل به .

فهنالك أجزاء من قانون نابليون قد ضمرت وماتت لأنها أصبحت غير صالحة للحياة ، وهنالك اخطاء قانونية كثيرة يجب تصحيحها . وقد تطورت الحياة الاجتماعية والاقتصادية عما كانت عليه فى أول القرن التاسع عشر تطورا جمل

(١) راجع آراء كل فريق فى كتاب العيد المئتين للقانون المدنى الفرنسى جزء ٢ ص ٩٠١ - ٩٨٦ .

الهوة سحيقة بين الماضى والحاضر، وأصبح ما كان يصلح قانونا لجيل زراعى غير صالح لبيئة تجارية وصناعية، تكلمت فيها رؤوس الأموال، وتقدمت الصناعات الكبيرة، وقامت الآلات الضخمة، واستغلت قوات طبيعية لم تكن معروفة من قبل. وترتب على ذلك أن كثرت القوانين التى عدلت من القانون للمدنى العتيق، فأصبح يرزح تحت ثقل هذه القوانين التى جددت، وكادت تحتفى معالمه، بعد أن غطته سيول من مبادئ جديدة، يأخذ بها القضاء والتشريع كل يوم، ليسارى الزمن، ويتمشى مع تطور الحضارة. حتى جاز لنا أن نتساءل، هل يوجد حقا فى فرنسا تقنين مجمع، أم أن جزءا كبيرا من القانون الفرنسى قد عاد الى الحالة التى كان عليها قبل عهد التقنين: قانون غير مكتوب تتلصق أحكامه فى القضاء والعادات وفى تشريعات متفرقة متناثرة لا تناسق فيها ولا أحكام.

ويجب الفريق الثانى بأن لا حاجة لتنقيح التقنين، لأن هذا التنقيح يتم كل يوم، ويقوم به التشريع والقضاء والفقهاء. وكثير من الأحكام التى يقال ان هناك حاجة الى تعديلها يمكن أن تملد، لا من طريق التشريع، بل من طريق القضاء والفقهاء. وإذا بقيت بعض مسائل تحتاج الى تدخل المشرع، فهى مسائل قليلة العدد، يمكن معالجتها بتشريع جزئى. فلا حاجة اذن للتنقيح الشامل، بل هو ضار من وجوه. فهو اذا عهد به الى الهيئات التشريعية المعتادة، فان هذه الهيئات غير قادرة على ان تقوم بعمل فنى، ويرجع ذلك لطبيعة تكوينها، ولما لها من صبغة سياسية، تجعل عملها ناقصا من الناحية العلمية. ثم ان التنقيح اذا أريد به ان يدخل فى التشريع عنصر التجديد، حتى يتمشى مع أحدث النظريات الفقهية، كان فى هذا كل الخطر، فان الفقهاء فى تطور مستمر، ولا يجوز للمشرع أن يتخذ موقفا معينا بالنسبة للنظريات الفقهية، فالفقه لا يلبث أن يأخذ بالرأى حتى يبدو فسادا، ويهجره الى رأى آخر، فهل يغير المشرع مع الفقهاء كل يوم لبوسا؟ الأولى ألا يتعرض المشرع الى اللحلول العملية، دون أن يتخذ لنفسه مذهبا فقهيا معينا، بل يترك الفقهاء حرا فى صوغ نظرياته ومذاهبه.

والتنقيح بعد كل ذلك يجعلنا أمام قانون جديد ، يجب تمهيد سبله ، وتفسير نصوصه ، حتى يصبح معبدا سهل للمأخذ ، وقد استغرق هذا العمل بالنسبة لقانون سنة ١٨٠٤ ما يزيد على خمسين عاما ، فهل نبقى عقب كل تنقيح هذه الفترة الطويلة في عمل تمهيدى ، حتى اذا ما انتهينا منه وجدنا أن القانون قد قدم ، وأنه في حاجة الى تنقيح آخر ، فراجعته وننتقل الى عمل تمهيدى آخر ، وهكذا لا نفتأ في تنقيح مستمر ، وفي أعمال تمهيدية لا تفرغ ؟ فأين الاستقرار والثبات في كل ذلك ، وهما من أخص ما يميز القانون الصالح للبقاء . يجب أن يستقر التقنين دهورا طويلة ، ولا يكون عرضة للتقلل والتزعزع ، والا فقد أهم مزية له . واذا كان قد مضى على قانون نابليون قرن من الزمن ، فانه لا يزال في شرح الشباب ، ولا يزال أمامه قرون طوال يعيشها قبل أن يكون في حاجة الى تنقيح شامل ، ولقد عاش الرومان دهورا طويلة في ظل قانون الألواح الأثني عشر ، فلم ينقحوها منذ وجدت ، ولم يمنعهم هذا من أن يرقوا بقانونهم رقا كان للفقهاء والقضاء فيه الأثر الأكبر . فالقانون كاللباس ، لا يتشكل على الجسم ولا يتلاوم معه الا بطول الاستعمال . واذا كان الفرنسيون يحتفلون بمرور مائة عام على قانونهم المدني ، فلائنه لا يزال قانونا قويا ، ولا يجوز يوم الاحتفال به أن يقام مأتمه . واذا كانت بعض أجزاء القانون تحتاج الى تعديل حتى تماشى الزمن ، فلا بأس من اجراء هذا التعديل الجزئى ، ولكن لا ينبغي أن يهدم البناء كله لادخال بعض تغييرات ثانوية في ترتيب هذا البناء .

واذا كان لنا أن نوازن بين حجج الفريقين ، فنحن نميل الى الجانب الأول ، ونرى أن القانون المدني الفرنسى في حاجة الى تنقيح شامل ، وهو أشد حاجة الى هذا التنقيح في الوقت الحاضر ، حيث غيرت الحرب الكبرى كثيرا من النظم الاقتصادية والاجتماعية ، وأصبح الفرق محسوسا بين حضارة سنة ١٩٠٤ وحضارة اليوم . على أننا اذا عطينا بمسألة تنقيح القانون الفرنسى ، فهى لا تهتمنا الا بالقدر الذى يصلها بمسألتنا نحن ، فاذا ثبت أن القانون الفرنسى ذاته في حاجة الى تنقيح شامل ، كان القانون المصرى ، وهو صورة منه تكاد تكون مشوهة ،

أشد حاجة الى ذلك .

وان من يتمن في حجب خصوم التنقيح يجدها تلخص فيما يأتى :
(١) لا حاجة الى التنقيح ما دام الفقه والقضاء يقومان به كل يوم ، ويكفى تعديل بعض نواحي القانون تعديلا جزئيا بتشريعات خاصة . (٢) ليس من الصواب أن يكون التشريع ظلا للنظريات الفقهية المتغيرة ، والأولى ألا يحوى الا القواعد العملية . (٣) التنقيح الشامل لا بد من أن يقره البرلمان ، والبرلمان ليس آلة صالحة للتشريع للمدنى . (٤) اذا تم التنقيح فلا بد من مضي وقت طويل حتى يوطأ سبيل القانون الجديد .

والتأمل في هذه الحجج لا يجدها مقنعة ، وأكثرها في الواقع ينصب ، لا على تنقيح التقنين ، بل على فكرة التقنين ذاتها . وقدما كان للتقنين خصوم اعترضوا عليه بمثل هذه الحجج ، ولكن التجارب أثبتت فسادها ، ففى سلمنا بأن التقنين مفيد ، كان لا بد تمام فائدته من أن ينقح من وقت لآخر ، والا ضاعت مزيتة الكبرى ، وهى أن يكون صورة صحيحة للقانون الذى يطبق في العمل .

وقد بين أنصار التنقيح أن الاكتفاء بتعديل جزئى في بعض نواحي التقنين يجعل القانون متناقض الأجزاء ، متنافر التركيب . كما أن ترك أمر التنقيح للفقه والقضاء من شأنه أن يفقد التقنين مزيته ، أذ تصبح القواعد القانونية غير ثابتة ولا مستقرة ، ولا يستطيع أحد أن يعرف ماذا يقضى به القضاء غدا ، وهل يبقى على قضاء اليوم ، أم يعدل عنه ، وتغير القضاء فيه خطر كبير على استقرار المعاملات ، لأن له أثرا رجيا ليس للتشريع . أما الخوف من ادخال نظريات جديدة عند التنقيح ، فخوف مبالغ فيه ، اذ يجب عند التنقيح ألا يدخل في القانون الا ما استقر وثبت من الأحكام . أما النظريات الاجتماعية والاقتصادية التى لا تزال محل النزاع ، فلا يجوز اتخاذ موقف معين بالنسبة لها عند التنقيح ، بل يجب تركها يضطرد تطورها ، وتتمحص الآراء فيها . أما أن البرلمان آلة غير صالحة للتشريع للمدنى ، فمن السهل الاجابة على هذا الاعتراض بأن الاجراءات البرلمانية المعتادة يمكن أن يدخل فيها شيء من التعديل يجعلها

تتفق مع طبيعة التشريع المدني عند نظر هذا التشريع . كذلك الاعتراض بأن التنقيح يجب أن يعقبه تنقيحات أخرى وأعمال تمهيدية جديدة متكررة انما هو اعتراض على التقنين في ذاته لا على تنقيح التقنين .

مراجعة القانون المدنى المصرى : على أنه مهما يكن من شك في حاجة القانون الفرنسى الى التنقيح ، فلا شك في حاجة القانون المصرى الى ذلك لاعتبارات خاصة به . وهذا ما تتولى الآن بحته ، فنيين أولا ما الذى يدعونا الى القول بوجوب تنقيح قانوننا المدنى ، ثم نبسط بعد ذلك رأينا في الأساس الذى يجب أن يبنى عليه هذا التنقيح .

§ ١

وجوب مراجعة القانون المدنى المصرى

المرء المختلف في هذا الموضوع . ناقش هذه المسألة الخطيرة فريق من كبار المشتغلين بالقانون المصرى الأجانب ، منهم الأستاذة بيولا كازيللى ^(١) ومسينا ^(٢) ووالتون ^(٣) وبوايه ^(٤) ، فكان الأولان من خصوم التنقيح والأخيران من أنصاره .

ويعزز الأستاذ بيولا كازيللى ، وهو من خصوم التنقيح ، رأيه بالحجج الآتية : (١) إذا أردنا أن نستند ، في تنقيح القانون المدنى المصرى ، الى التشريعات الأوروبية التى قننت قبل الحرب ، فهى قوانين قد صيرتها الحرب قديمة عتيقة ، وإذا أردنا الاستناد الى القوانين الناشئة بعد الحرب ، فهى قوانين لم يطل بها العهد حتى تستقر ، ولم يمض عليها وقت كاف حتى نجزم بصلاحياتها (ونلاحظ هنا أن الأستاذ بيولا كازيللى كان يبدى هذا الرأى فى سنتى ١٩١٩ و ١٩٢١) . (٢) ليست عيوب القانون المدنى المصرى بالقدر الذى تصوره النقاد عادة ، بل ان فيه من المزايا ما يجعله متقدما على القوانين الفرنسى نفسه فى بعض النواحي . (٣) ليس التنقيح بالأمر السهل ، وقد أحجم عنه المشرع الفرنسى نفسه ، مع أن تقنينه أقدم من التقنين المصرى . وتزيد الصعوبة أمام المشرع المصرى ، اذا لاحظنا ما يجب عليه من مراعاة حالة مصر الخاصة ، والتوفيق بين التشريعات الأوروبية والعادات والتقاليد المصرية ، مع أفساح جانب للشريعة الاسلامية اذ هى شريعة البلاد الأصلية ، وقد صار لها بين المصريين من الجيل الجديد دعاة أكثر تحمسا وأشد ثباتا وأقوى حجة . (٤) اذا فتح الباب لتنقيح القانون المصرى

(١) PIOLA CASELLI: *L'Egypte Contemporaine* 1918, No. 42; 1921 No. 57.

(٢) MESSINA: *L'Egypte Contemporaine* 1921 No. 59.

(٣) WALTON: *L'Egypte Contemporaine* 1916 No. 26 (voir aussi la note présentée par M. Walton à la Commission des Capitulations en 1920).

(٤) BOYÉ: *L'Egypte Contemporaine* 1980, XXII (p. p. 27-29).

فلا بد من دخول القانون الانجليزى من هذا الباب ، ولا سبيل للتوفيق بين مبادئ هذا القانون ، وهو فردى النزعة ، يعطى القاضى أوسع الحرية ، ومبادئ القوانين اللاتينية التى هى أكثر اتفاقا مع عقلية الأمة المصرية وتكوين القضاة المصريين واستعدادهم .

ويضيف الأستاذ مسينا حجة أخرى ، فهو يرى أن تنقيح القوانين المصرية فى الوقت الحاضر سابق لأوانه . اذ يجب أن نمد لها بدراسة هذه القوانين دراسة مستقلة فى ضوء القضاء المصرى حتى نصل بذلك الى تمحيصها .

أما الأستاذ والتون فهو من دعاة التنقيح الشامل . وحبته فى ذلك أن هذا التنقيح التشريعى أفضل بكثير من ترك الأمر للقضاء ، ف تفسير القضاء غير ثابت ولا مستقر ، هذا الى أن التنقيح يمكننا من الاستفادة من التشريعات الحديثة التى جلت بعد وضع القوانين المصرية .

وينصح الأستاذ بوابيه باتخاذ المشروع الفرنسى الايطالى تشريعا عصريا يعدل التقنين فى باب الالتزامات والعقود ، حتى يمد بذلك سبيل توحيد القانون بين الأمم المتاخمة للبحر الأبيض المتوسط .

ونحن لا نرى فى حجب خصوم التنقيح ما يقنع ، فقد مضى على الحرب الكبرى خمسة عشر عاما استطاع العالم فى غضوناتها أن يتبين أثر هذه الحرب فى النظم القانونية . كما أن صعوبة التنقيح لا تصلح حجة للعدول عنه ، والا امتنع القيام بهذا العمل فى أى وقت رغما من ظهور الحاجة اليه . وترك الأمر للمحاكم المصرية ، تصلح من عيوب التشريع ، وتستعين فى ذلك بقواعد العدالة ، معناه أننا قد فقدنا مزية التقنين ، وعلينا أن نتلمس قانوننا فى قضاء المحاكم .

وإذا كان خصوم التنقيح وأنصاره من الأجانب متأثرين باعتبارات مختلفة ، فنحن نحب أن يكون لمصر صوتها فى هذا الشأن الخطير ، ونعتقد أننا نميز بأمانة عن رأى المصريين المشتغلين بالقانون ، اذا قلنا ان التقنين المدنى المصرى فى أشد

الحاجة الى تنقيح شامل جامع ^(١) ، ولكن لا على أساس النقل الحرفى من القوانين الأوروبية ، بل على أساس آخر ، نبينه بعد أن نبسط الأسباب التى تدعونا الى القول بوجوب التنقيح .

الأسباب التى تدعو لمراجعة القانون المدنى المصرى : أما هذه الأسباب فنجربها الى أمرين : (أولا) كان التقنين المدنى المصرى فى وضعه صورة ممسوخة من التقنين الفرنسى ، تسرع واضعه فى صياغته ، ولم يكن عنده من الوقت ولا من الاستعداد ما يكفى للقيام بعمل متقن . وهو بعد لا يشمل كل أجزاء القانون المدنى ، اذ ينقصه نحو النصف ، وهو القسم الخاص بالأحوال الشخصية . وقد تعدد تمردا معيبا ، فهناك تقنين يطبق على المصريين وحدهم ، وتقنين آخر ، يختلف بمض الاختلاف عن الأول ، يطبق على المصريين والأجانب . (ثانيا) لا شك فى أن تقدم علم القانون للمقارن ، والتشريعات الحديثة التى جددت منذ صدور القوانين المصرية ، يقيد كثيرا فى مراجعة التقنين المدنى المصرى . فكما نستطيع أن نستفيد من الشريعة الاسلامية ، وهى شريعة البلاد الأصلية ، ومن تجاربنا الخاصة التى تتلمسها فى قضائنا ، يمكننا أيضا أن نستفيد بضوء تجارب الأمم الأخرى . ولا شك فى أن رقى تشريعات هذه الأمم ، وتقدمها على التقنين الفرنسى تقديما محسوسا ، من الأسباب القوية التى تدعونا الى تنقيح تقنيننا ، حتى ندخل فيه ما استحدثت من النظم القانونية مما نراه صالحا لنا ، فنتمشى بذلك مع التطورات الحديثة فى علم القانون .

(١) يسرنا أن نسجل هنا نصريحا لوزير الحفانية ، تضمنته الخطبة التى ألقاها فى عيد الاحتفال الحسينى بالحكام الاهلية ، فقد جاء فيها ما يأتى : « أما من حيث التشريع ، فإن القوانين التى وضعت عند انشاء المحاكم الاهلية قد نالها الكثير من التعديل والتعليق ، لتكون ملائمة لحالة البلاد وتطورها ، وهناك نية فى مراجعتها كلها وتعديل ما يجب تعديله منها ، حتى تضارع أحسن القوانين فى البلاد للتدنية ، وستؤلف لجنة خصيصا لهذا الغرض من رجال خبراء أكفاء » (انظر ص ٧ من الكتاب الذى تضمن الخطاب الذى ألقيت فى هذا الاحتفال) .

وها نحن نتبسط في تفصيل كل من هذين الأمرين .

أولاً : عيوب التقنين المدني المصري

كيف وضعت التقنينات المصرية : لمحة تاريخية

عمومى هذا التاريخ : لا يزال تاريخ وضع التقنينات الأهلية غامضاً ، ويرجع ذلك الى أن واضعى هذه التقنينات لم يحرصوا على ترك أعمال تحضيرية للأجيال المقبلة ، يتبينون منها كيف وضعت .

كيف وضعت التقنينات المختلطة : وقد صيغت التقنينات الأهلية على مثال التقنينات المختلطة ، وهى فى أكثر أجزائها مجرد نقل عن هذه ، وان كانت توجد بعض الفروق بينها . على أن التقنينات المختلطة نفسها ليست لها أعمال تحضيرية ، وقد وضعها محام فرنسى ، اسمه الأستاذ مانورى (Manoury) ، كان مقياً فى الاسكندرية ، واتخذ نوبار سكرتيراً له ، ثم عينه بعد ذلك سكرتيراً للجنة الدولية التى كانت تدرس مشروع انشاء المحاكم المختلطة بمصر . وتاريخ انشاء هذه المحاكم معروف ، وهو مدون فى كثير من الكتب . والذى يستخلص من هذا التاريخ أن مجهود نوبار كان موجهاً الى الاتفاق مع الدول ذوات الامتيازات على لأنحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وتحديد اختصاص هذه المحاكم . أما القوانين التى تطبق فلم تنل أية عناية من جانب الطرفين المتفاوضين ، وقد اكتفيا بتقرير وجوب استمداد هذه القوانين من التقنينات الفرنسية ، اذ كانت أكثر القوانين شيوعاً فى ذلك العهد ، وكانت الجالية الأجنبية فى مصر ، وأربعة أخماسها من اليونانيين والفرنسيين والاطاليين ، تؤثرها على غيرها من القوانين . هذا الى أن المشرع المصرى والمشرع العثمانى كانا قد تقلداً عن هذه التقنينات فى عهود سابقة ، لا سيما القانون التجارى ، وصار من المألوف الى حد كبير أن تطبق القوانين الفرنسية فى مصر .

من أين أُخذت هذه التقنينات : وقد نقل واضع التقنينات المختلطة نصوصه من القوانين الفرنسية للأسباب المتقدمة بعد ان اختصرها اختصاراً مخلاً

فى كثير من المواضع ، ونقل فى بعض المسائل عن القضاء الفرنسى ، واقتبس بعض الأحكام من الشريعة الاسلامية ، وأخذ عن التقنين الايطالى الذى صدر فى سنة ١٨٦٦ بعض النصوص .

ترجمتها الى اللغة العربية : وكلفت الحكومة المصرية لجنة مشكلة من بعض كبار المترجمين وبعض علماء الأزهر (نذكر من بينهم محمد قلى باشا وحسين فخرى باشا وبطرس غالى باشا) بترجمة التقنينات المختلطة الى اللغة العربية ، وكانت التقنينات الفرنسية قد ترجمت قبل ذلك ^(١) .

فوضى القضاء فى ذلك العصر : ولما استقر الأمر بالحاكم المختلطة وبقوانينها ، تطلعت الحكومة المصرية فى ذلك العهد الى اقاذا البلاد من الفوضى التى كانت سائدة فى القضاء المصرى . وقد كتب الكثير عن هذه المجالس التى كانت تلى أمور القضاء الى جانب الحاكم الشرعية ، قبل انشاء الحاكم الأهلية ، وكيف كان العدل فيها ضاعا ، والفوضى مستحكمة . وكانت القوانين التى تطبق فى هذه المجالس هى القوانين المعمول بها فى الدولة العثمانية مع اعتبار العادات المحلية فى البلاد ، كما كان يطبق القانون التجارى العثمانى المأخوذ من القانون الفرنسى .

لجنة تحضير المحاكم الأهلية : ولا شك فى أن العصر الذى تتكلم عنه يعتبر بحق عصر « الإصلاح القضائى » فى مصر ، فقد كان الجو مشبعا بفكرة هذا الإصلاح ، وكان هم الحكومة المصرية هو أن تنفذ الخطط التى وضعتها لذلك ، فتالفت فى أواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع لأئحة لحاكم نظامية تقوم بالقضاء بين المصريين ، كما تقوم الحاكم المختلطة بالقضاء بين المصريين والأجانب . وكان

(١) فترجم القانون المدنى الفرنسى وقاعة بك رافع وعبد الله بك وأحمد أفندى حلى وعبد السلام أفندى أحد . وترجم قانون الرافضات أبو السمود أفندى وحسن أفندى همى . وترجم قانون العقوبات قلى باشا . وترجم قانون تحقيق الجنايات صالح عدى بك . وجمت هذه التراجم وطبعت بالطبعة الاميرية فى سنة ١٢٨٣ هجرية .

بين أعضاء هذه اللجنة قاشير (Vacher) النائب العمومي لدى المحاكم المختلطة في ذلك الوقت ، وموريونديو (Moriondo) (وهو الذي تولى وضع القانون المدني ، وكان محاميا إيطاليا ، عين قاضيا بمحكمة الاسكندرية المختلطة في سنة ١٨٧٥ ، واستمر يتقلب في الوظائف القضائية حتى وصل الى منصب وكيل محكمة الاستئناف المختلطة ، وتوفي سنة ١٩١١) ، ولو (Law) من قضاة المحاكم المختلطة في ذلك الوقت ، وبطرس غالى^(١) وقد كان اذ ذاك وكيلًا للحقانية . وكان المرحوم قدرى باشا ناظرًا للحقانية في ذلك العهد ، وقد اشترك مع اللجنة في عملها . وتقيدت اللجنة بتقنينات المحاكم المختلطة ، الى حد أنها كادت تتقبلها بحرفها ، طلى أنها أدخلت بعض تعديلات جزئية اقتضتها الظروف وقتئذ . وقد كلف قاشير بوضع قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات ، وكلف موريونديو بوضع القانون المدني وقانون المرافعات ، واشترك قدرى باشا في وضع القانون المدني وقانون تحقيق الجنايات والقانون التجارى .

لوحته سنة ١٨٨١ : واتجهت عناية اللجنة بنوع خاص الى وضع لائحة لترتيب المحاكم الجديدة ، وقد صدرت هذه اللائحة بالفعل في ١٧ نوفمبر سنة ١٨٨١ . وعين على أثر صدورهما النائب العمومي لدى هذه المحاكم الجديدة (اسماعيل يسرى باشا) وبعض رؤساء وأعضاء النيابة الأهلية .

الثورة العربية : ومن ذلك نرى أن انشاء المحاكم الأهلية نبئت قبل دخول الانجليز في مصر ، وقام رجال ذلك العهد بتنفيذها فعلا ، ووصلوا في ذلك الى حد تعيين أعضاء النيابة . ولأن الثورة العربية أهلتهم لأكلوا تنفيذها .

لوحته سنة ١٨٨٣ : ولكن هذه الثورة ما لبثت ان هدأت ، فرجعت الحكومة المصرية الى اللضى في عملها ، وكان ناظر الحقانية حينئذ هو حسين

(١) وقد استرشدت اللجنة بأراء الشيخ البحراوى وفق نظارة الحقانية في ذلك العهد في المسائل التي يرجع فيها الى أحكام الشريعة الاسلامية (انظر مذكرات الاستاذ صادق فهمى بك في تاريخ القانون المدني المصرى ص ٢٨١ — ٢٨٤ . وقد نقل هذه الوقائع من حديث له مع صاحب الدولة يوسف وهبه باشا الذى كان سكرتيرا لنظارة الحقانية في ذلك العهد ، ومع صاحب السادة محمد صدق باشا الذى كان موظفا بقلم الترجمة بنظارة الحقانية) !

غرى باشا وناظر النظار هو محمد شريف باشا ، وكانا متفائلين كل التفاؤل بالنتائج التى تجنى من وراء انشاء هذه « المحاكم المستجدة » ، الى حد أنها كانا يظنان أن هذه المحاكم لا تلبث أن تغنى عن المحاكم المختلطة بعد بضعة من الشهور ^(١) . وفى ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ صدرت لأئحة أخرى لترتيب المحاكم الأهلية غير اللائحة التى صدرت فى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٨١ ، وهى لا تشير الى اللائحة الأولى ، ولا يهتم منها أنها جاءت بعد لأئحة سابقة (الا فى النص الفرنسى ، وفى العنوان فقط ، حيث استعملت كلمة Réorganisation ومعناها إعادة التنظيم) ، لذلك كان أمر صدور اللائحة الأولى الذى يثبت أن المحاكم الأهلية قد أنشئت قانونا قبل دخول الإنكليز فى مصر ، غير معروف معرفة كافية فى الأوساط القانونية فى مصر . وتختلف اللائحة الثانية ، وهى المعدول بها حتى اليوم ، عن اللائحة الأولى فى بعض مسائل ، أهمها أن اللائحة الأولى كانت تنص على انشاء محكمة تمييز (محكمة النقض والابرار) لم تنص عليها اللائحة الثانية ، ومنها أن السودان كان داخلا فى الاختصاص القضائى للمحاكم الأهلية بموجب اللائحة الأولى دون الثانية (اذ لم تكن ثورة المهدي قد شبت فى السودان) ، ومنها أن ترتيب المحاكم كان يختلف بعض الاختلاف فى لأئحة عما هو فى الأخرى ، ومنها أن لأئحة سنة ١٨٨١ كانت تنص على انشاء محكمة ادارية . تنظر

(١) وهذا نص الحديث الذى دار بين غرى باشا وشريف باشا فى هذا الصدد عند انعقاد مجلس النظار فى أواخر سنة ١٨٨٢ : غرى باشا : « لى أمل . بأنه مع اعتدال محاکمنا الأهلية التى تنشأ على النظام الجديد ، وقيامها بحق واجباتها ، بموجب ذات القوانين المتبعة فى المحاكم المختلطة ، يتيسر للحكومة الاستغناء عن المحاكم المختلطة بمرهان عدم الحاجة إليها » . شريف باشا : « يلزمنا تشكيل محاکمنا الأهلية وانتظامها ، بحيث مع سيرها المنتظم ، يمكن الاستغناء عن المحاكم المختلطة بعد ثلاثة أو أربعة أشهر ، أولى من بقائها على الدوام ، ودوام المار علينا بوجود محاكم دولية » .
ويفهم من حديث غرى باشا أن قتل التفتينات المختلطة كان مقصودا ، وكان يراد به أن تكون القوانين واحدة فى المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، حتى يتيسر الاستغناء عن المحاكم المختلطة ، والاكتفاء بالمحاكم الأهلية .

في قضايا الحكومة وقد جاءت لأئحة سنة ١٨٨٣ خلا من ذلك .

التقنيات الستة الأهلية : ثم صدرت بعد ذلك التقنيات الستة التي حضرت في العهد الأول (في سنة ١٨٨١) ، وكان صدورها سريعا ، عند ما أحس شريف باشا أنه معتزل الحكم لرفضه التخلي عن السودان ، وأن الانجليز لا ينظرون بعين الرضاء الى محاكم أهلية تنشأ على النظام الفرنسي ، وتتخذ القوانين الفرنسية تشريعا لها ، وهم يطمعون أن يدخلوا القانون الانجليزي في هذا النظام الجديد ، حتى يبسطوا رقابتهم على المحاكم الجديدة . فبادر فخري باشا ، (وهو وقدرى باشا رجلا) يجب أن يقرن اسمها بالمحاكم الأهلية (الى استصدار التقنيات الأهلية في أواخر سنة ١٨٨٣)^(١) .

افتتاح المحاكم الأهلية : وفي يوم الاثنين ٣١ ديسمبر سنة ١٨٨٣ احتفل توفيق باشا خديوي مصر بافتتاح محكمة استئناف مصر الأهلية ومحاكمها الابتدائية ، وحلف قضاة الاستئناف والنائب العمومي أمامه اليمين في سراي عابدين ، وأعلن فخري باشا في سراي محكمة الاستئناف افتتاح هاتين المحكمتين رسميا في نفس اليوم^(٢) . و بعد ذلك ببضعة أيام سقطت وزارة شريف باشا .

(١) وبما هو جدير بالذكر أن التقنيات الأهلية وضعت أولا باللغة الفرنسية ، ثم ترجمت بعد ذلك . وفي حديث صاحب الدولة يوسف وهبه باشا للاستاذ محمد صادق فهمي بك (وهو الحديث الذي سبقت الإشارة إليه) أن يوسف وهبه باشا نفسه هو الذي كلف بترجمة القوانين الأهلية ، مسترشدا في ذلك بترجمة القوانين المختلطة التي سبق ذكرها . وبعد أن أتم مهنته ، تشكلت لجنة من مصطفى رضوان بك (أحد تلاميذ رفاعه بك) ومحمد عبد السميع (من رجال القضاء) وأمين فكرى باشا (من أعضاء النيابة المختلطة) وتادروس بك إبراهيم (مترجم بالمحاكم المختلطة) ، وراجعت الترجمة ، ثم صدرت الاوامر بالقوانين الأهلية ، وقد صدر القانون المدني في ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقوانين الخمسة الاخرى في ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ .

(٢) ثم افتتحت بقية محاكم الوجه البحري بعد ذلك بقليل . ولم تفتتح المحاكم الأهلية في الوجه القبلي الا في سنة ١٨٨٩ ، وبافتتاحها أصبحت المحاكم الأهلية الجديدة منتشرة في جميع البلاد .

ولكن انشاء المحاكم الأهلية صار أمرا واقعا^(١).

(١) ويقول مينار (Minnaert) (وهو قاض بلجيكي ، عين مستشارا فى محكمة الاستئناف الأهلية فى أول انشائها ، ووضع كتابا عن انشاء المحاكم الأهلية اسمه « القاهرة والقضاء الدولى فى مصر » (Le Caire et la Justice Internationale en Egypte) فى كتابه ما يأتى : « . . . وظهر نشاط غير متداد ، فاشتريت سراى للمحكمة ، وتمت التجهيزات لتأصب القضاء فى سرعة تامة ، وصدر دكرى تو فى ٣٠ ديسمبر يعلن افتتاح المحاكم فى الدن . قد كان غرى باشا يحس الخطر . وقد سقطت وزارة شريف بعد ذلك بخمسة أيام . ولو لم يصبح انشاء المحاكم الأهلية حقيقة واقعة عند تولى نوبار باشا للوزارة ، لما أحجم هذا عن أن يحول دون افتتاحها ، بحجة أنه لانهجتها ، ولأن هذه المحاكم ليست من عمله . » (الظر من ٣٣٣ من الكتاب المذكور) .

ويذكر المؤلف فى كتابه كثيرا من الوقائع تدل على أن نوبار باشا ، وقد تولى الوزارة بعد اعتزال شريف باشا ، أخذ يناهض المحاكم الأهلية الناشئة ، ويتأصبها المداء . وقد أعضض الانجائز أعينها عن ذلك ، حتى تسود القوضى فى المحاكم الأهلية ، فتتولى هى أمر الرقابة عليها .

من ذلك أن نوبار باشا اضطر اسماعيل يسرى باشا الى الاستقالة من منصب رئيس محكمة الاستئناف ، لأنه أبى أن يسمع مرافعة بالغة الفرنسية من مندوب أوفده نوبار عن الحكومة المصرية ، وكانت حجة الرئيس فى ذلك أن اللغة العربية هى اللغة الرسمية للمحاكم الأهلية ، فلا يجوز سماع المرافعات بنورها ، ولم يسمح للمندوب الحكومة المصرية الا بتقديم مذكرة بالغة الفرنسية .

ومن ذلك أن دائرة من دوائر الاستئناف ، تحت رئاسة حسين واصف بك ، حكمت فى احدى القضايا ضد رجل أرمنى ، فذهب هذا يشكو لمواطنه نوبار ، فانفجرت الاشاعات بعد ذلك بقليل ، تدعى أن رئيس الدائرة قد ارتضى ، وقد أبى نوبار أن يجرى تحقيقا فى هذه المسألة بعد أن طلب منه ذلك حسين واصف بك ، بل اكتفى بنقله الى المحاكم المختلطة ، فأبى هذه المحاكم قبوله قبل اجراء تحقيق يثبت براءته ، وترب على ذلك أن الرجل فقد منصبه فى المحاكم الأهلية ، ولم يحصل على منصب فى المحاكم المختلطة . وبما هو جدير بالذكر أن الحكم الذى أصدرته دائرة حسين واصف بك ، والذى اتهم فيه بالارتشاء ، أبدته دائرة أخرى من دوائر الاستئناف ، عند رفع الأمر اليها من طريق التماس اعادة النظر . ومن ذلك أن نوبار عين حاجبه مستشارا بمحكمة الاستئناف الأهلية ! ! وكان هذا الحاجب عينا على مستشارى المحكمة .

ومحن نحيل القارىء على هذا الكتاب المنع ، قد ورد فيه كثير من الوقائع الشيقة المتعلقة بانشاء المحاكم الأهلية ، والخاصة برجال ذلك العهد .

والتي يهمننا من التقنيات الستة المتقدمة الذكر هو التقنين للدنى . ولا شك في أن هذا التقنين معيب من حيث الموضوع ومن حيث الشكل . ولكن قبل أن نترسل في بيان هذه العيوب ، نحب أن نقدم كلمة أنصاف للمشرع المصرى فى سنتى ١٨٧٦ و ١٨٨٣ ، فهما كان شأن العيوب التى نشير إليها — وهى جسيمة كما سنرى — فلا شك فى أن الجيل المصرى الذى تلقى هذا التقنين فى أواخر القرن الماضى كان مغتبطا سعيدا بقانونه الجديد . فقد كان فيه تقدم بين على الحالة التى سبقتها ، حيث كان القضاء فوضى ، والقوانين غير محددة ولا معروفة ، والعدل يوزع فى البلاد توزيعا سيئا . فأعقب النظام الفوضى ، وتنفست البلاد الصعداء ، إذ أحست أنها تستقبل عهدا جديدا من الإصلاح . ولم يكن لأحد أن يؤمل انتقال البلاد طرفة واحدة الى درجة الكمال فى التشريع والقضاء . ويمكن أن تكون تشريعات ذلك العهد فاتحة عهد جديد لرقى حقيقى كسبته البلاد فى تشريعاتها ونظمها القضائية .

قوانين « الإصلاح » المختلطة والأهلية ، رغم كونها معيبة ، كانت تحسنا محسوسا بالنسبة لأسوء الماضى ^(١) .

(١) وما يدل على أن الجيل الذى تلقى القوانين الجديدة قد رحب بها ، ما نقله هنا عن جريدة الوقائع المصرية الصادرة بتاريخ ٣ صفر سنة ١٢٩٨ (٤ يناير سنة ١٨٨١) عدد ١٠٠٣ ، فقد ورد فيها ما يأتى : « اصلاح قوانين المجالس المحلية : أقيمت علينا بشائر الإصلاح ، اذ ورد إلينا من مقام رسمى أن قوانين اصلاح المجالس المحلية قد قرب انتهاءها ، وأن العمل بموجبها سيرفع فيه عما قريب . ولا ريب أن هذا يكون من أعظم الإصلاحات التى أسستها هيئة الحكومة الحاضرة . فإن اختلال القوانين واجالها وأبهاها ، ونقصها مما يؤدى لضياع الحقوق ، وامتداد يد التمدى ، ويوجب تمطيل الأعمال وكثرة الارتباك . فإذا تبينت الحدود ، وتبينت وجوه الأعمال ، ووقف كل أحد على ما رسم به القانون ، سارت الأعمال على الاستقامة وقوى الضبط ، وقل الخلط والخط . خصوصا إذا انتشرت القوانين ، وصارت فى أيدي العامة والحامسة يتداولونها ، ويدركون مغزى ما كتب بها . وقد كان الناس فى حرج وضيق بمصدر من نشئت القوانين والواجب والتعليمات ، وعدم وجود قاعدة ثابتة وقانون واحد يقف عليه كل شخص ، حتى لا يكون لعدم الثمة :

على أنه بعد أن اطمانت البلاد الى تشريعها ونظمها الجديدة ، وألفت الأجيال التالية أن ترى محاكم منظمة ، وقوانين مستمدة من أرقى شرائع العالم ، واستقرت الحال بالقضاء الجديد ، واستتب الأمر له ، بدأ المشتغلون بالقانون يشعرون بما في القوانين الجديدة من قص فاضح وعيوب جسيمة ، لم يكن يتسنى للجيل السابق ، في أول عهده بهذا النظام ، أن يحسها . فالآن ، وفي ظل تجارب خمسين عاما مرت على النظام الحالي ، وأظهرت عيوبه من نواح مختلفة ، يحق لنا أن نكون أقسى في الحكم على هذا النظام ، وأن نتطلع الى مثل أدنى للكمال ، وألا نقنع بما قنع به آباؤنا ، فالزمن حركة ، والوقوف عند الماضي جود . . .

لذلك يحق لنا أن نبين ، في شيء من الاسهاب ، عيوب تقنيننا المدني ، وندل على ما فيه من النقص ، متخذين في ذلك معيارا يتفق مع ما وصل اليه علم القانون من الرقي في العصر الحاضر . ولا تقتصر على معيار القانون الفرنسي ، فهو قانون عتيق ، قد ظهرت عيوبه للجميع

== قدرة على محاولته . وهذه نظارة الحفاية أصدرت هذا المنشور للمراكز المحلية ، مخبرهم أن تزييب القوانين قد أشرف على التمام ، فتسجلوا بانتهاء القضايا الموجودة قبل صدور القوانين ، كيلا يكون العمل اذ ذاك على نوعين .

وهذا هو رأى الكثرين ممن درسوا هذه المسألة : انظر ارماجون في البعد المتيق القانون المدني الفرنسي جزء ٢ من ٧٤٧ — فان أكر في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ .
 مجلد ١٢ من ٢٩٦ — ويولا كازيلي في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ من ١٩٧ .

وقد دافع منشيق (في تقريره الذي قدمه لمجلس النواب الايطالي في سنة ١٨٧٥ من انشاء المحاكم المختلطة) عن تقييد مصر بالقوانين الفرنسية ، فذكر أن هذه القوانين ، مهما كانت منيية ، قد جربت وأثبتت التجارب صلاحيتها ، وأنه خير لمصر أن تأخذ بهذه القوانين الناقصة ، على أن تصلحها فيما بعد ، من أن تندفع الى الأخذ بقوانين جديدة لم تجرب .

وعيوب تقنيننا تتناول الموضوع والشكل^(١).

عيوب التقنين المدني منه حيث الموضوع

يأيد هذه العيوب : يمكن القول أن تقنيننا المدني فيه نقص ، ثم فيه فضول ، وهو غامض حيث يجب البيان ، مقتضب حيث يجب الافاضة ، ثم هو

(١) وقد حل كثير من الكتاب على التقنين المدني المصري ، وبينوا عيوبه ، ولكنهم اقتصروا في ذلك على الاجال دون التفصيل : انظر المرحوم فتحي زغلول في القانون المدني ص ٣ و ٥ — الأستاذ حلمي عيسى باشا في البيع ص ٤ وما بعدها — الأستاذ محمد صادق فهمي بك في تاريخ القانون المدني ص ٢٦١ — ٢٦٢ — هالتون جزء ١ كلمة تمهيدية ص ٢٠ — ٢١ — ارمانبجون في السيد المثني لقانون المدني الفرنسي ص ٧٥٦ — مسينا في شرح القانون المدني المختلط ص ٢٣ — ٢٤ و ص ٣٤ — ٣٥ — دي روزاس في الامتيازات الاجنبية طبعة ثانية جزء ٢ ص ٢٩٢ و ص ٤٣٩ — الأستاذ عبد السلام ذهني بك في مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة (باللغة الفرنسية) جزء ١ ص ٧٩ — هريروس في نفس التشريع المختلط في الكتاب التمهيد لعيد التخصيص للمحاكم المختلطة ص ٤٤٣ وما بعدها — تقرير المستشار القضائي لحكومة المصرية سنة ١٩٠٤ (النسخة العربية ص ٤٨) .

على أننا لا نريد أن نطمع تقنيننا حقه ، فهو في بعض المسائل قد جرى ما أدخله القضاء والفقه من التعديل على التشريع الفرنسي ، فترتيبه لمصادر الالتزام (م ١٤٧/٩٣) أدق من ترتيب التقنين الفرنسي . وجمله الحل والسبب ركنين في الالتزام (م ٩٤ — ١٤٨/٩٥ — ١٤٩) صحيح خطأ المشرع الفرنسي الذي جعلهما ركنين في المقدم . وفصله نظرية الالتزام عن نظرية المقدم احتراز من خلط مريب وقع فيه التشريع الفرنسي . وقد أخذ مفرعنا من القضاء الفرنسي (لاهن التشريع) بعض مسائل هامة ، نذكر منها عيوب الرضا (م ١٣٤ — ١٣٦/١٣٦ — ١٩٦) والهبة المستترة (م ٧٠/٤٨) ، والتضامن في المسئولية التصيرية (م ٢١١/١٥٠) ، وجواز تعديل أجر الوكيل (م ٦٢٨/٥١٤) ، والمصاريف الفاشحة في بيع الوفاء (م ٤٣٠/٣٤٤) وحتى امتياز الماقل من الباطن (م ٥٠٧/٤١٥) .

وقد عدد الأستاذ بيولا كلايلى (في مقاله المنشور بمجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٨) سبعة وأربعين مسألة تفصيلية ، قلها عن كتاب الأستاذ والتون في الالتزامات ، وذكر أن الأستاذ والتون رأى أن التشريع المصري متقدم فيها عن التشريع الفرنسي .

يسترسل فى التافه من الأمر فينبى به عناية لا تتفق مع أهميته المحدودة . يقلد القانون الفرنسى تقليدا أعمى ، فينقل كثيرا من عيوبه ، دون أن ينتبه الى ما أدخل القضاء على هذا القانون من الاصلاح . وهو بعد متناقض فى نواح مختلفة ، ويضمر الى هذا التناقض أخطاء معيبة كان من المكين أن يتجنبها المشرع المصرى لو اصطنع الأناة وحرص على الاتقان . وما كل هذا الا بعض ما يقال فى عيوب هذا التقنين .

النقص : أما النقص فيرجع بعضه الى أن تقنيننا المدنى لا تناول نصوصه الا المعاملات دون الأحوال الشخصية . وبين الدائرتين دائرة مشتركة يغفلها تقنيننا . فاذا تلمسناها فى قانون الأحوال الشخصية ، وجدنا الشريعة الاسلامية تقرر فيها مبادئ تتناقض تناقضا أساسيا مع مبادئ القانون الفرنسى . فنقع فى حيرة وارتباك ، وتساءل أأراد المشرع أن يكل حل ما أغفله الى مبادئ الشريعة الاسلامية ، أم الى مبادئ القانون الفرنسى ؟ أنطبق على انتقال ملكية الأموال للورثة الى الورثة مبدأ الشريعة الاسلامية القاضى بالألّا تركة الا بعد سداد الدين ، أم مبدأ القانون الفرنسى الذى ينقل الحقوق والديون الى الورثة ؟ ثم هل تنتقل الالتزامات بوجه عام الى ورثة المدين ؟ وأى مسائل الهبة تطبق عليها أحكام الشريعة الاسلامية ، وأيا تنطبق عليه مبادئ القانون الفرنسى ؟ وأى تقادم يسرى على الأموال الموقوفة ، أتقادم الشريعة الاسلامية وهو ثلاثة وثلاثون عاما ويمنع من سماع الدعوى ، أم تقادم القانون المدنى وهو خمسة عشر عاما ويكسب حق الملكية ؟ كل هذه مسائل تضاربت فيها الأحكام ، واذا كانت قد استقرت فى بعضها ، فهى متقلبة فى البعض الآخر ، ولا يزال التشريع المصرى فى حاجة الى كثير من الوضوح والبيان ، حتى فيما استقر عليه القضاء من هذه المسائل .

ولكن معظم النقص الذى نشكو منه يرجع الى سبب آخر ، هو قصور تقنيننا عن مجازاة التقدم العظيم الذى قطع مراحل علم القانون فى العصر الحاضر ، فهو منقول عن القانون الفرنسى ، والقانون الفرنسى وضع فى أول القرن التاسع

عشر . فلا يزال أمام تقنيننا حتى يصبح متمشيا مع عصره أن يقطع هذه المرحلة الطويلة التي قطعها علم القانون في قرن وثلث قرن . وهذه أجيال طويلة ، ارتقى فيها القانون ارتقاء لم يكن أحد يتوقعه . وسنرى ، عند ما نعرض لموضوع القانون المقارن وتقدمه ، أن هناك مسائل كثيرة ، نحن في حاجة الى أن نأخذها لا من القانون الفرنسى العتيق ، بل من التشريعات الحديثة ، حيث نشهد أحدث النظريات القانونية مطبقة تطبيقا تشريعا محكما . ونكتفى هنا بالإشارة الى بعض هذه الثغرات التي يجب أن نسدّها في تقنيننا . فهناك نظريات عامة ، قد استقرت في القانون ، وأصبحت تراثا لجميع الأمم ، لا نجد لها أثرا عندنا ، أو نجد أثرها ناقصا مقتضبا . فنظرية سوء استعمال الحق ، ونظرية عامة للغبن تتناول كل نواحي القانون ، وقانون للجمعيات والمنشآت والأشخاص المعنوية بوجه عام ، وتشريع للعمل ، ونظرية تحمل التبعة ، ونظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وقواعد حماية الملكية الفنية والأدبية والصناعية والتجارية ، ونظام لعقد التأمين ولعقود الاحتكار والمنافع العامة ، ونظرية للنيابة في التعاقد ، وتنظيم الملكية على الشيوخ ، والاعتراف بمحوالة الدين أسوة بمحوالة الحق ، وإقرار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام ، والاعتراف بالعقود المجردة ، وبمقود الاذعان ، ونظرية التهديد المالى ، ونظرية الالتزامات الطبيعية ، كل هذه نظريات لا حظ لتقنيننا منها ، وهى لازمة لا يجوز اغفالها في تشريع حديث ، يتضمن ثمرة مجهود علماء القانون في هذه العصور الأخيرة . هذا الى أن تقنيننا ، في موضوع من أهم موضوعات القانون ، هو موضوع العقد ، وفي مسألة من أدق مسائل هذا الموضوع ، هى مسألة تكوين العقد ، نراه صامتا صمتا مدهشا ، لا يفسره الا تقليد أعمى للقانون الفرنسى ، وترسم دقيق من مشرعنا لخطى المشرع الفرنسى ، حتى في المزالق التي وقع فيها . وقد كتبنا عن هذه المسألة في كتاب الالتزامات (جزء أول فقرة ٢٣٥) ما يأتى :

« ونلاحظ أن القانونين الفرنسى والمصرى لم يتعرضا بنص لهذا الموضوع الذى يعد من أدق موضوعات العقد ، بل تركا الأمر للفقهاء والقضاء ، وذلك بخلاف التشريعات الحديثة ، كالقانون الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى والمشروع

الفرنسى الايطالى ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الاهمية ، تبين كيف يصدر الايجاب ، ومتى يكون ملزما ، والى أى وقت ، وكيف يقتزن به القبول ، سواء كان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد ، أو كانا غير موجودين فى مجلس واحد ^(١) .

وهناك موضوعات منفصلة عن التقنين المدنى يجب ادماجها فيه ، كقانون الشفعة ، وقانون التسجيل ، والقانون الخاص بطرح البحر وأكله ، وقانون ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ الخاص بحقوق الشرب والمجرى والمسيل . كما توجد موضوعات مندمجة فى هذا التقنين ، يجب حذفها ، بعد أن بطل العمل بها ، كالغاروقه ، والوصية لحل خيرى ، وارث الاجارتين (م ٥٥٣ و م ١٧ — ١٨ / ٣٧ — ٣٨) .

الفصول والوقفتصايب : وتقنيننا المدنى فيه فصول من ناحية ، واقتصاب من ناحية أخرى . انظر اليه وهو يتكلم فى حق الانتفاع (م ١٣ — ٢٩ / ٢٩ — ٥٠) ، وفى الخلط والزرع (م ٩٢ / ٦٧) ، وفى الالتزامات التخيرية والبدلية (م ٩٦ — ١٥٠ / ١٠٠ — ١٥٤) ، وفى قواعد تفسير العقد (م ١٣٨ — ١٤٠ / ١٩٩ — ٢٠١) وفى النفقة فيما بين الزوجين والأقارب (م ١٥٥ — ١٥٧ / ٢١٦ — ٢٢٠) ، وفى كيفية تسليم المبيع (م ٢٧١ — ٢٩٩ / ٣٤٢ — ٣٧٣) ، أترى كيف يخط النصوص مطا ، ويتعرض للسمين والفت ، دون تمييز بين أصل وفرع ، ودون أن يراعى أن كثيرا من هذه النصوص كنا فى غناء عنها بتطبيق القواعد العامة ، بل ان كثيرا منها لا يكاد يوجد له تطبيق فى الحياة العملية .

ثم انظر اليه وهو يستعرض أدق الموضوعات القانونية ، وأكبرها خطرا ،

(١) وقيل أن ترك هذا الموضوع نشير الى نقص التقنين المدنى فى أنه لم يضع طرقا سالحة فى تنظيم الامصار ، فلا يوجد « افلاس مدنى » كما هو موجود فى القانون التجارى ، حتى تنال يد المدين من التصرف ، ويعصى أمواله نائب عنه وعن الدائنين ، فيتساوى هؤلاء ، ويأخذ كل منهم نصيبا بنسبة دينه .

وأبعدها أثرا في الحياة ، فيمر عليها مرا سريعا في عجلة واقتضاب وغموض . فهو يورد قواعد المسؤولية التقصيرية في مواد لا تتجاوز الثلاث ، والاشتراط لمصلحة الغير في مادة واحدة لا يكاد القارئ يتبين منها الموضوع الذي تعرض له . أما الملكية في الشيوخ ، وأما تكوين العقد ، وأما التعهد عن الغير ، فلا يشير إليها بحرف ، كما يغفل نظرية النسيابة في التعاقد ونظريات أخرى كثيرة أشرنا إليها فيما تقدم . كل هذا يحمل التناسب مختلا في تقنيننا ، وانعدام الاتساق من أظهر عيوبه .

وقد بالغ مشرعنا في الاقتضاب ، حتى نتلمس القاعدة الهامة فلا نجد لها ، فتأول لها ، وتتعسف في التأويل ، حتى نظفر باستخلاصها من النصوص بطريق منطقي ملتو . مثل ذلك تملك الحائز حسن النية للثمار ، ورد في هذه القاعدة نصوص صريحة في القانون الفرنسي ، أما نحن فنستخلصها بطريق غير مباشر من بعض النصوص (م ٢٠٧/١٤٦) . كذلك حذف مشرعنا دون سبب ظاهر ، في تعريفه لحق الملكية (م ٢٧/١١) ، القيد الحكيم الذي أورده المشرع الفرنسي . وحذف النص القاضى بأن عبء اثبات السبب في الالتزام يقع على عاتق المدعى لا الدائن (م ١١٣٢ من القانون المدني الفرنسي) ، والنص الذي لا يميز أثبات عكس المكتوب الا بكتابة (م ١٣٤١ من القانون المدني الفرنسي) ، وقس على ذلك كثيرا من النصوص .

الغموض : أما الغموض فنجدته متفشيا في كثير من النصوص ، فلا يكاد المدقق يستطيع أن يحدد لها معنى . ويكفى أن تقرأ اللادتين ١٩٨/١٣٧ ، ويقضى نصهما بأن « من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها ورفضها » ، حتى تقف حائرا ، لا تدري ما الذي يقصده مشرعنا من هذا القول ، أهو يتكلم عن رب العمل وحقه في اجازة عمل الفضولي ، أم هو يقصد التعهد عن الغير وحق هذا الغير في اقرار ما تم التعهد به عنه ، أم هو لا يريد هذا ولا ذاك ، بل يمرض للاشتراط لمصلحة الغير ، وحق هذا الغير في اقرار ما اتفق

عليه المشروط والمتعهد لمصلحته ، أم يريد كل هذه الأشياء ، أو لا يريد شيئاً منها ، فالنص يتحملها جميعاً ، وهو لا ينصرف صريحاً الى أى منها . يكفى أن نقرأ هذا النص ، حتى ندرك أن مشرعنا لم يتوخ دقة التعبير فى نص قانونى يعتبره فقهاء القانون المصرى أساساً تشريعياً لقاعدة خطيرة ، هى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . بل هو الأساس القانونى الوحيد لنظام اقتصادى يعد بحق من الدعامات الأساسية التى تقوم عليها الحياة الاقتصادية ، وهو نظام التأمين . ليس لدينا فى هذه الناحية الا هذا النص الوحيد ، وهو نص كما رأيت مضطرب قلق غامض . ولا يزيل غموضه الرجوع الى الأصل الفرنسى ، فأن هذا الأصل لا يخلص من الاضطراب الا فيما يتعلق باستبعاد الفرض الخاص بالتعهد عن الغير ، ويبقى النص متحماً للفرضين الآخرين ، على أن هذا الفرض الذى يقضى الأصل الفرنسى باستبعاده قد وجد من فقهاء القانون المصرى ، كالأستاذ دى هلتس ، من يرى قصر المعنى عليه وحده دون غيره من الفروض .

ثم أقرأ بعد ذلك النصوص المتعلقة بالدعوى البولصية (م ٢٠٤/١٤٣) ، ودعوى استئصال حقوق اللدين (م ٢٠٢/١٤١) ، والالتزام الطبيعى (م ٢٠٨/١٤٧) ، والنصوص الواردة فى نظرية محل الالتزام (م ١٤٩/٩٥) ، وفى نظرية السبب (م ١٤٨/٩٤) ، ونظرية الحيازة (م ١٠٢/٧٦) ، والغلط فى عقد الصلح (م ٦٥٧/٥٣٥) ، والشرط الجزائى (م ١٥٢/٩٨) ، والتضامن (م ١٠٩ - ١٦٥/١١٥ - ١٧١) ، وعمل الفضى والاثراء بلا سبب (م ٢٠٥/١٤٤) ، ألت تراها حائرة قلقة ، يشيع فيها جو من الغموض والابهام ، لا يكاد يخلص منه المتضمن الى معنى ثابت مستقر ، الا اذا نظر الى مراجع هذه النصوص من الفقه الفرنسى لتنبه له السبيل ، حتى اذا عاد الى قراءتها فى هذا الضوء الجديد ، رأى الأخطاء ظاهرة ، وأحس الألفاظ ممسوخة مشوهة ، والمعانى تقسر عليها قسراً ، فلا توانها الا بعد كثير من الحدس والتخمين .

ثم انظر الى مشرعنا وهو يتكلم ، فى استرداد الحقوق المتنازع فيها ، عن

مشتري يشتري حقا متنازعا فيه منها لحصول دعوى (م ٤٤٣/٣٥٥)، وفي عقد الصلح عن عدم جواز الاحتجاج بالصلح على من له شركة في القضية التي وقع بها الصلح (م ٦٦٠/٥٣٨)، أليست هذه النصوص وأمثالها تحتاج في فهمها وأدراك مرماها الى كثير من الخيال، بل الى شيء من التنجيم!

تقليد القانون الفرنسي : وتقليد مشرعا للقانون الفرنسي تقليدا أعى هي الظاهرة التي تسود كل التشريع المصري. فكثير من النصوص المعينة لا يفسر ما وقع فيها من العيب الا أنها مجرد تقليد للأصل. فلا يزال للعقار في التشريع المصري شأن غير شأن المنقول، ونحن في هذا نحكي صدى المشرع الفرنسي في سنة ١٨٠٤، وقد تلقينا القواعد الفرنسية في هذا الموضوع كما هي مسطورة في قانون الفرنسيين. وهناك نصوص فرنسية متناقضة مضطربة، قلناها بتناقضها واضطرابها. فلما دتان ١٩٥/١٣٥ تقضيان بأن الاكراه يكون موجبا لبطلان العقد، اذا كان شديدا، بحيث يحصل منه تأثير لنوى التمييز (يقصد الوسط من الناس)، مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة. ففي هذا النص نجد المشرع قد خلط بين معيارين متناقضين للاكراه، معيار مادي ومعيار شخصي. ولا يفسر هذا الخلط الا خلط مثله وقع فيه المشرع الفرنسي (انظر م ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي)، وقد أساء فهم ما قرره بوتبيه في هذا الصدد بما هو معروف في كتب الفقه الفرنسي. فيكون المشرع المصري قد قل من المشرع الفرنسي حتى الأغلاط التي وقع فيها. وكذلك نرى المادتين ٥٨٨/٤٨٠ تقضيان بأن صاحب الاراد المرتب طول الحياة ليس له الا التنفيذ بإمراده، في حالة عدم وفاء المدين، ولا يستطيع أن يفسخ العقد. وفي هذا خروج غريب على القواعد العامة، قلها المشرع المصري عن المشرع الفرنسي دون تدبر.

ونجد المشرع المصري من ناحية أخرى يتنكب الشريعة الاسلامية، وقد كان يمكنه الأخذ عنها في بعض موضوعات هامة، جاءت مبادئها فيها أرقى من

مبادئ القانون الفرنسى . وعذره فى ذلك أن أحكام الشريعة الاسلامية لم تكن قريبة النال وقت وضع التشريع . ولكن هذا العذر اذا فسر هجر الشريعة الاسلامية فهو لا يبرره . وسنعود الى هذا الموضوع ببيان أوفى .

التناقض : ثم ان تشريعنا اللدى لا يكاد يضع القاعدة حتى يأتى بما يناقضها . فهو فى المادتين ١١٣ / ١٦٩ يقرر أن المدين المتضامن لا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين المتضامين وقد اتبع فى ذلك حكم القانون الفرنسى (م ١٢٩٤ من هذا القانون) . ثم ينسى بعد ذلك ما قرره ، ولا يلبث أن يقرر ما يناقضه ، فيقضى فى المادتين ٢٠١ / ٢٦٥ بأن المدين المتضامن يجوز له أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقي المدينين المتضامين بقدر حصتهم فى الدين . ثم هو يحمل المشتري تبعة هلاك المثليات (م ٣٠٧ / ٢٤١) ، متبعا فى ذلك حكم القانون الفرنسى فى هلاك الشيء المبيع . ولكنه ينسى ذلك ، فيقرر فى موضع آخر (م ٢٩٧ / ٣٧١) أن تبعة هلاك الشيء المبيع تكون على البائع لا على المشتري ، متبعا فى ذلك حكم الشريعة الاسلامية ، والحكمان متناقضان ولا يصح الجمع بينهما . ويقرر جواز الاشتراط لمصلحة الغير بعبارة عامة ، فيسمح بأن يستفيد من العقد غير العاقد (م ١٣٧ / ١٩٨) ثم لا يلبث أن يقرر أن « المشارطات » لا تترتب عليها منفعة عاقدتها (م ٢٠٢ / ١٤١) . كذلك يقرر قانوننا فى المقايضة حكما غريبا يخرج به على القواعد العامة ، ويناقض فيه المبادئ المقررة فى البيع دون سبب معقول ، اذ يقضى بأن المقايض اذا استحق فى يده بدل المقايضة لا يرجع بالبدل الآخر الذى أعطاه اذا كان هذا البدل عقارا انتقل من المتعاقد الى شخص آخر ، وبقي فى يد هذا الأخير خمس سنوات من يوم المقايضة (م ٣٥٩) . ويجيز مشرعنا للدائن أن يطعن فى عدم تمسك مدينه بالتقادم المسقط (م ٢٧٠ / ٢٠٦) ، وينسى أن يقرر مثل هذه القاعدة فى التقادم المكسب ، مع أن الأمر واحد فى الحالتين .

ثم هل نحن فى حاجة للإشارة الى ذلك التناقض الذى وقع فى نصوص

القانون المدنى بعد صدور د كريتو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٣ ، فأصبح نص المادتين ١٢٥/١٨٥ يقضى بأن الحد الأقصى للفوائد هو ٩ ٪ ، وبقى نص المادتين ٤٧٨/٥٨٢ يرفع هذا الحد الى ١٢ ٪ . ٤ .

ولا ننسى ما يقع فى بعض الأحكام من التناقض ما بين التشريعين الأهلى والمختلط ، مما يكون سببا فى اضطراب المعاملات ، وقد يدعو الى تدخل المشرع فى بعض الأحيان . فى الحوالة يشترط القانون الأهلى رضا المدين (م ٣٤٩) . ويكتفى القانون المختلط باعلانه بالحوالة (م ٤٣٦) . وفى بيع الوفاء يجعل القانون الأهلى أقصى المدة التى يجوز فيها الاسترداد خمس سنوات (م ٣٤١) ، ويصرها القانون المختلط على سنتين (م ٤٢٦) . وفى بيع الشئ المستقبل لا يمنع القانون الأهلى بيع المحصولات قبل أن تثبت ، ويحرم القانون المختلط ذلك (م ٣٣٠) . وهناك أحكام فى المايضة وردت فى القانون الأهلى وأغفلها القانون المختلط ، منها النص الغريب الذى ورد فى المادة ٣٥٩ والذى سبقت الإشارة اليه . وقد كان القانون الأهلى لا يقرر حق الشرب ولا حق المسيل ويقرر حق الجبرى بالقدر الضرورى (م ٣٢ - ٣٣) ، ويجعل الاختصاص للجنة ادارية فى تقدير التعويض . أما القانون المختلط فقد كان لا يقرر حق الشرب ولا الجبرى ولا المسيل ، ثم صدر قانون رقم ٢٧ سنة ١٩١٢ يقرر حق الجبرى والمسيل دون الشرب ، ولا يعطى اختصاصا لأية لجنة ادارية . ومن هنا تضاربت النصوص ، وتعارضت جهات الاختصاص فى هذه المسألة التى تعد على جانب كبير من الأهمية فى بلد زراعية .

فما العمل أمام هذا التناقض فى الأحكام ؟ وما يفعل البائع وفاء مثلا اذا كان مصريا ، واشترط على المشتري وهو مصرى مثله ، أن يسترد فى خمس سنوات ، وباع المشتري العين لأجنبى بعد ثلاث سنوات ؟ أنطبق القانون الأهلى . فنخيز الاسترداد لأن مدة خمس السنوات لم تنقض ، أم نطبق القانون المختلط فلا نخيز الاسترداد بعد انقضاء سنتين من وقت البيع ؟ وقس على هذا الاشكال الاشكالات الأخرى التى يمكن أن تنجم من هذه الأحكام المتباينة المتناقضة .

الخطأ : وإذا أضفنا الى هذا التناقض ما وقع فيه مشرعنا من أخطاء فاضحة ، عجبنا كيف لا يتنزه تشريع جدى عن مثل هذه العيوب الجسيمة . فالمرجع المصرى يفضل أهم شرط فى التملك بمضى المدة القصيرة ، وهو شرط حسن النية ، فلا يذكره فى النص الذى أورده فى هذا الموضوع (م ١٠٢/٧٦) . ويعرف الشرط ، بأنه أمر مستقبل أو غير محقق (م ١٠٣/١٥٧) ، وهذا خطأ بين ، فالشرط يجمع بين الاستقبال وعدم التحقيق . ومشرعنا ينقل عن الشريعة الاسلامية حكم بيع المريض مرض الموت (م ٢٥٥-٢٥٦ / ٣٣١ - ٣٣٢) ، فلا يكون أمينا فى النقل ، اذ يقضى بأن العبرة فى هذا البيع بقيمة المبيع لا بالقدر المحابى به ، والشريعة الاسلامية تقرر عكس ذلك ، وينظر الى مال البائع وقت البيع ، والشريعة الاسلامية لا تنظر اليه الا وقت الموت . وهو فى تقريره أحكام النفقات نسى أن هذه الأحكام انما تخضع لقانون الأحوال الشخصية ، فقرر أحكاما غريبة نقلها عن القانون الفرنسى ، وهى تتنافر كل التنافر مع أحكام الشريعة الاسلامية ، اذ قضى بأن الزوجة تنفق على زوجها (م ٢١٨/١٥٦) ، بل تنفق أيضا على زوجة أبى زوجها (م ٢١٧/١٥٥) ، وهذا غاية التخطئ . وقد دعا هذا الخلط الغريب أكثر المحاكم المصرية الى اعتبار هذه النصوص « حروفا ميتة » لا يعمل بها . وقد يأخذ المشرع المصرى من الشريعة الاسلامية أيضا ويخالفها ، كالذين فى بيع عقار القاصر ، فإن البيع يكون باطلا فى الشريعة الاسلامية ، أما القانون المصرى فيكتفى بإعطاء القاصر دعوى بتسكلة الثمن . ويخطئ المشرع المصرى كذلك فى تقرير أن ملكية المبيع المعين بالنوع تنتقل بالتسليم (م ٣٦٨/٣٣٨) . فهى انما تنتقل بالتعيين . ويزعم واضع التقنين المختلط أن القسمة منشئة للحق لا مقررة (م ٥٥٥) ، وهذا خطأ صممه القانون الأهلى (م ٤٥٧) وقضاء المحاكم المختلطة .

ويوجد عدا ذلك فى التشريع المصرى أخطاء كثيرة ، نكتفى بالإشارة

اليها^(١).

هذه أمثلة على ما في تشريعنا المدني من عيوب فاضحة . فهو تشريع يتراوح بين النقص والفضول ، وبين الغموض والاضطراب ، ويتقسمه التناقض والخطأ ، وهو بعد عديم التناسق ، وليس الا تقليدا أعمى لقانون أصبح الآن تشريعا عتيقا عاجزا عن مسايرة الزمن .

عيوب التقنين المرنى منه حيث الشكل

يبان هذه العيوب : وليست العيوب الشكلية بأقل وضوحا وأضعف أثرا في تشويه تشريعنا المدني . وهي عيوب كثيرة متنوعة . نذكر منها ما يرجع الى تبويب التقنين وترتيبه ، وما يرجع الى تعدد لغاته ، ونضيف الى ذلك عدم الدقة في التعبير القانوني ، وضعف الأسلوب ، وركاكة الترجمة عن الأصل الفرنسى ، وما وقع فيها من أخطاء فاضحة .

التبويب والترتيب : أما عن تبويب تقنيننا المرنى ، فمعلوم أن هذا القانون مقصور على دائرة المعاملات . وهو يبيها في أربعة كتب . وهذا التبويب وإن كان أدق علميا من تبويب القانون الفرنسى ، إلا أنه لا يزال معيبا . فقد وضعت الأموال والحقوق العينية في كتاب ، مع أن الأموال تكون محلا للحقوق العينية . وللحقوق الشخصية على السواء ، فالأولى فصل الأموال عن الحقوق العينية ، وجعل كل منهما في كتاب مستقل . ثم وضعت الالتزامات في كتاب ثان ، واختصت العقود للعينة بكتاب ثالث ، مع أن هذه داخلة في الالتزامات ، وكان الأولى ضمها معا في كتاب واحد . وفي الكتاب الرابع ، وقد عنوان بحقوق المائنين ، أورد للمشرع بنوع خاص أحكام التأمينات العينية ، وقد حشر فيه موضوع اثبات الحقوق العينية مع بعض نصوص تتعلق بقلم الكتاب في

(١) أنظر مثلا على ذلك م ١٥٢/٩٨ وم ٢٢٥/١٦٢ وم ٢٧٣/٢٠٩ (مقارنة بالمادتين ٦٠١ فقرة ثالثة ٧٢٧ فقرة ثانية) وم ٢٧٤/٢١٠ وم ٢٧٦/٢١٧ .

الحاكم والتسجيل . وكان الأولى وضع نظرية عامة للإثبات ، سواء تعلق بمحقوق عينية أو بمحقوق شخصية ، وتقريب هذه النظرية من نظرية اشتهار الحقوق العينية لما بين الموضوعين من الصلة الظاهرة . وليس في تقنيننا مقدمة تنص على النظريات العامة التي تنبسط على جميع نواحي القانون ، كنظرية سوء استعمال الحق ونظرية الغبن وقواعد تفسير القانون وما الى ذلك . وسنقترح فيما يلى تبويبا للتقنين يكون أقرب للدقة العلمية من هذا التبويب ، مسترشدين في ذلك بتبويب التشريعات الحديثة كالقانون الألماني والقانون السويسرى .

وليس الأمر مقصورا على نقص هذا التبويب العام . بل توجد عيوب كثيرة متفشية في الترتيب التفصيلي لكل كتاب من هذه الكتب الأربعة . فقد وضعت قيود الملكية ، في الكتاب الأول ، في باب حقوق الارتفاق وسميت باسمها ، وهذا عيب تجنبه المشرعان الألماني والسويسرى . ولم ترتب أسباب اكتساب الملكية والحقوق العينية ترتيبا علميا صحيحا . ووضعت القاعدة التي تقتضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية في الفصل المخصص للعقد باعتباره سببا لاكتساب الملكية ، والفرق جسيم بين أن يملك المنقول بالعقد أو يملك بمقتضى هذه القاعدة . وقد عاد المشرع الى الإشارة للقاعدة نفسها في مكان آخر غير مناسب أيضا ، هو الباب الذى خصصه لإثبات الحقوق العينية في الكتاب الأخير (انظر م ٦٠٨/٧٣٤) . ولا نرى أثرا للملكية في الشيوع ولا للقسمة الا عند الكلام على الشركات وفي قانون المرافعات (انظر م ٦٢١/٧١١ من قانون المرافعات) . وبعد ان فصل المشرع بين التقادم المكسب والتقادم المسقط ، مخالفا في ذلك التقنين الفرنسى أورد أحكاما عن ايقاف سريان المدة في التقادم المكسب وتناول فيها التقادم المسقط . ويخطئ المشرع في باب واحد من الكتاب الثانى بين الالتزامات التي يكون مصدرها قاعدة الاتراء بلا سبب والالتزامات التي يكون مصدرها العمل الضار . ويبتدىء الكتاب الثانى في الباب الأول بالنظرية العامة للالتزام في ذاته ، ثم يترك المشرع النظرية ناقصة ، وينتقل في الأبواب الثلاثة التالية الى مصادر الالتزام ، ويعود بعد ذلك في الباب الخامس

الى تكملة نظرية الالتزام . وفى الكتاب الثالث ترد نظرية حوالة الحق فى باب البيع مع أنها نظرية عامة تشمل البيع وغيره ، وكان مكانها الطبيعى فى نظرية الالتزامات . ثم يجمع المشرع فى باب واحد من هذا الكتاب الثالث بين اجارة الأشياء وما يسميه بأجارة الأشخاص وأرباب الصنائع ، مع أن الفرق كبير بين هذين النوعين من العقد ، وكان الأولى أن يقصر عقد الايجار على اجارة الأشياء ويفصل عنه عقد الاستصناع وعقد العمل . ويتكلم المشرع على الحراسة فى باب الوديعة ، وكان الأولى وضعها فى قانون المرافعات . ويفصل ما بين الكفالة وعقود التأمينات الأخرى ، ولا مبرر للفصل بين هذه الموضوعات المتقاربة . والأغرب من ذلك أنه يفصل ما بين عقد رهن الحياة وعقد الرهن الرسمى ، فيضع الأول فى الكتاب الثالث مع العقود المعينة ، ويضع الثانى فى الكتاب الرابع مع حقوق الدئنين . ويجمع فى الكتاب الرابع ما بين التأمينات واثبات الحقوق المعينة ودفاتر التسجيل ، وهذه موضوعات متنافرة لا يصح أن يجمعها كتاب واحد .

تعمد لغة التشريع : وهناك غير نقص التبويب عيب آخر فى الشكل يرجع الى الظروف التى وضع فيها تشريعنا . فقد قلدنا أن المشرع المصرى وضع تشريعه باللغة الفرنسية فى الأصل . وقد ترجم التشريع بعد ذلك الى اللغة العربية ، واعتبرت هذه الترجمة هى النص الرسمى ، ومن ذلك وجد عندنا نصان : نص أصلى ونص رسمى . وكلاهما مضطرب . وكان الاضطراب فى واحد منهما كافيا لايقاعنا فى الحيرة ، فما بالك وقد اجتمعا ، وكل منهما يرجع اليه ، ويقارن بالآخر ، فيزيد الاضطراب والغموض . أضف الى ذلك أن مترجم النص الفرنسى لم يكن دقيقا فى ترجمته ، وكثيرا ما شوه المعنى الذى ينقله ، فضلا عن تشويهه اللغة التى ينقل اليها ، ومنورد أمثلة على ذلك فيما يلى .

ويكفى هنا أن نشير الى بعض مواد اختلف فيها النصان العربى والفرنسى ، وحاتر الناس بأى نص تأخذ . فى التدليس (م ١٣٦ أهلى) يقضى النص

العربى بأن يكون صادرا من أحد للمتعاقدين ، ولا يشترط النص الفرنسى ذلك . وفى اعذار الدين (م ١٢٠ أهلى) يقرر النص العربى أن يكون الانذار رسميا ، ولا يتطلب النص الفرنسى ذلك . وفى الوفاء مع الحلول (م ١٦٢ أهلى) لا يشير النص العربى صراحة الى دين جديد يحل محل دين قديم ، ويصرح النص الفرنسى بذلك . وهناك المواد ٨٤ و ٨٥ (وهما خاصتان بإيقاف سريان المدة) و ١٣٤ (وهى خاصة بالفلط) و ٢٧٠ (وهى خاصة بتسجيل عقد البيع) و ٤٦٢ (وهى خاصة باسترداد الحصة الشائعة) ، نصوصها العربية تختلف عن نصوصها الفرنسية .

فى مثل هذه المسائل الهامة ، أناخذ بالنص الفرنسى لأنه النص الأصلى ، وهذا هو رأى فريق من قهائنا ومحامينا ، أم نأخذ بالنص العربى لأنه النص الرسمى ، وهذا رأى فريق آخر ، أم نأخذ فى كل مسألة بالنص الذى نرى أنه أكثر اتفاقا مع غرض المشرع ، فنأخذ فى التدليس وفى إيقاف سريان المدة وفى الفلظ وفى استرداد الحصة الشائعة بالنص الفرنسى ، وفى الأعذار وفى الوفاء مع الحلول وفى التسجيل بالنص العربى ، وهذا هو رأى الذى نذهب اليه . . . مشكلة لا تزال نعالينا ، حتى يتبنا لنا الخلاص من هذا القانون ذى اللغتين للتناقضتين .

التعير والاسلوب : والى جانب هذا يوجد عدم الدقة فى التعبير القانونى ، وضعف الاسلوب ، والاسفاف الى العامى من الألفاظ . لا ننكر أن لغة قانوننا ، اذا قيست بلغة العهود الماضية ، تعد على درجة كبيرة من الرقى ^(١) . ولكننا

(١) ويكفى أن نقرأ شيئا من القوانين التى كانت تصدر فى تلك العهود لتتحقق من ذلك . ولنقدم مثلا واحدا من آلاف الأمثلة : نما من لائحة مجلس الاحكام المعروف فى تاريخ القضاء المصرى ، فقد قفى البند السادس من الارادة السنية الصادرة لرئاسة مجلس الاحكام المصرية فى ٥ ربيع الآخر سنة ١٢٦٥ بما يأتى : « من حيث انه على موجب هذه اللائحة ، كل من كان مقيم بمحل مأموريته ، لاشغل أجرا مقتضاها ، فلا يوافق شربهم الدخان ، ولا يحضروا أيضا لمشيوكاتهم الى دواوينهم ، وان كان أحدا (كذا) من =

لا نرجع الى الماضي ، بل نتطلع الى المستقبل . واذا أردنا أن نقدر قيمة أسلوب تشريعنا ودقته ، وجب أن نقيسه بمقيار راق ، نطمح أن نصل اليه عند مراجعة هذا التشريع ، فتتوق هذه العيوب الكثيرة التي آن لنا أن نشير الى بعض منها .

فمن أمثلة عدم الدقة في استعمال التعبير القانوني أن واضع النص العربي يعبر عادة عن البطلان (nullité) بالالغاء . فيقول في المادة ٤٨ أهلى : « والا كانت الهبة لاغية » . ويقول في المادة ٥٣ : « والا كان الوقف لاغيا » ، وفي المادة ٤٦٠ : « والا كان العمل لاغيا » وهكذا . ويسمى الالتزام (obligation) بالتعهد ، مع أن التعهد نوع خاص من الالتزام مصدره العقد أو الارادة المنفردة . ويترجم العمل القانوني (acte) بالفعل (انظر م ١٤٣ أهلى) ، والفرق كبير بين العمل القانوني والفعل المادى . ويترجم المقايضة (échange) بالمعاوضة ، وهذا لفظ غير دقيق ، فالبيع عقد معاوضة ولكنه ليس بمقايضة .

أما من حيث ضعف الأسلوب وركاكة الألفاظ ، فالأمثلة كثيرة ، نذكر منها ترجمة اللوثة « بالميرى ^(١) » . والاستيلاء « بوضع اليد ^(٢) » . والالتصاق « بإضافة الملحقات للملك ^(٣) » . والدائن « بالمدين ^(٤) » . وترجمت عبارة

== أبواب المجلس يريد شرب قهوة ودخان ، فيتوجه الى الادوة القريبة التي سيصير تمينها ، وبعد الشرب يسود المجلس » .

هذا نموذج من التشريع في ذلك العصر أسلوبا وموضوعا . فانظر الى هذه اللوثة التي اعتقد أصحابها أنها تمت الى الميرية بصلة . ثم تأمل موضوع هذا النص ، وكيف تنتزل « الارادة السنية » الى الخوض في أسر تافه ، يكنى اليوم فيه صدور « تعليمات ادارية » من أصغر رئيس من رؤساء مصالح الحكومة . ولا شك أن لغة تشريعنا الحاضر ، اذا قورنت بلغة تلك المهود ، تعتبر معجزة من آيات البيان .

(١) Etat : انظر م ٩ و ٣٠ و ٥٧ و ٦١٤ أهلى .

(٢) occupation : م ٤٤ .

(٣) accession : م ٤٤ .

(٤) créancier : م ٥٣ و ١٦٤ و ١٩٨ و ٤٦٠ و ٤٦١ .

(ما لا يفترض ^(١)) بجملة ركيكة غير صحيحة وهى ، « لا يحكم فيه بالظن » .
 ويتكلم واضع النص العربى عن الوفاء بميعاد لائق ^(٢) ، ويريد الوفاء فى ميعاد
 لائق . ويترجم المبالغ المدفوعة ^(٣) « بالمدفوعات » ويقول : « من حيثية ^(٤) » ،
 وهو يريد أن يقول : من حيث . ويترجم المحامين « بالأفوكاتية ^(٥) » ، والأجير
 « بالماهية ^(٦) » ، والعقد « بالمشاركة ^(٧) » . ويقول : « فى جميع المواد ما عدا
 التجارية ^(٨) » ، وهو يقصد أن يقول « فى جميع المواد ما عدا المواد التجارية ،
 أو ما عدا ما كان منها تجاريا » . ويعبر عن التزام البائع « بملازمة البائع ^(٩) » ،
 ويكرر لفظ « الملازمة » هذه فى نصوص أخرى ^(١٠) . وكثيرا ما يقول :
 « يتحصل » و « يستحصل ^(١١) » بدلا من « يحصل » . ويعبر عن السيد
 يستقدم الخادم استقدا ما خاصا ، بأن السيد « قد استحضر (الخادم)
 بالخصوص ^(١٢) » . ويتكلم عن يسجل تسجيلا منتظما فيقول : « من سجل
 بموافقة الأصول ^(١٣) » .

(١) ce qui ne se présume pas : وهى العبارة الواردة فى آخر المادة ١١٤ .

(٢) أنظر م ١٦٨ .

(٣) paiements : م ١٧٢ .

(٤) أنظر م ٢٠٥ .

(٥) م ٢٠٩ .

(٦) م ٢٠٩ .

(٧) م ١٢٨ و ١٣١ و ١٣٢ و ١٣٥ و ١٣٨ و ١٤١ و ١٤٢ و ٢٦٠ .

(٨) م ٢١٥ .

(٩) م ٢٠٢ .

(١٠) أنظر مثلا م ٤٦٠ .

(١١) أنظر م ١١٧ و ١١٨ و ١٣١ و ١٧٦ و ١٧٩ و ١٨٧ و ٢١٥ و ٢١٦ .

و ٢٨٠ و ٥٥٤ و ٥٦٩ و ٥٩٥ و ٥٩٦ و ٥٩٩ .

(١٢) م ٤٠٣ .

(١٣) م ٦٢٠ .

أما الغموض وعدم الأمانة في الترجمة فلا يقل عن الركائز وضعف الأسلوب . ومن الأمثلة على ذلك المادة ٩٤ أ.هـ . وهذا هو نصها الفرنسي :

«L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite.»

والترجمة الصحيحة هي : « لا يوجد الالتزام الا اذا كان مبنيا على سبب محقق مشروع » . أما واضع النص العربي فترجم المادة كما يأتي : « يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا » . فأدخل في ترجمته لفظ « العقود » ولا أثر لهذا اللفظ في الأصل ، فأفسد بذلك على واضع النص الفرنسي غرضه ، فقد قصد أن يجعل السبب ركنا في الالتزام لا في العقد ، حتى يصحح بذلك خطأ وقع فيه المشرع الفرنسي . وعبر عن وجود الالتزام « بصحته » ، والفرق كبير ما بين الوجود والصحة . وترجم السبب المحقق « بالسبب الصحيح » وهذه ترجمة غير دقيقة ، فان السبب لا يكون صحيحا الا اذا كان محققا ومشروعا .

وانظر الى المادة ١٣٤ ، ونصها الفرنسي ما يأتي :

L'erreur opère la nullité du consentement quand elle porte sur le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat.

وكان الواجب أن تترجم هكذا : « الغلط يبطل الرضاء ، اذا وقع في الناحية الرئيسية التي اعتبرت في الشيء عند التعاقد » . ولكن واضع النص العربي ترجمها بما يأتي : « الغلط موجب لبطلان الرضاء ، متى كان واقعا في أصل الموضوع المعتبر في العقد » . وهذه ترجمة غير دقيقة ، ولا تكاد تفهم الا بعد الرجوع الى الأصل الفرنسي . وتزيد جسامه هذا العيب في الترجمة ، اذا لاحظنا أن واضع النص الفرنسي أراد بنصه أن يهجر النظرية التقليدية في الغلط ، ويأخذ بنظرية (الغلط البافع) التي أخذ بها القضاء الفرنسي . ولا يمكن أن نستخلص هذا ، على ما له من خطر ، من النص العربي ، فهو نص يتشعب بين الغموض وعدم الدقة ، ولا يكاد يفيد شيئا .

ثم انظر الى المادة ١٣٥ ، وفيها يضع المشرع المصرى معيارا للاكراه فيشترط أن يكون شديدا « بحيث يؤثر في شخص مستقيم الادراك » (personne raisonnable) فيترجم واضع النص العربى هذه العبارة بما يأتى : « بحيث يحصل منه تأثير لنوى التمييز » .

وانظر بعد ذلك الى المادة ١٣٧ ، وقد أسلفنا أنها آية في الابهام . وهذا هو نصها الفرنسى :

Lorsqu'une personne a stipulé pour un tiers sans mandat, ce tiers a le choix de confirmer le contrat ou de refuser de le reconnaître.

ويمكن ترجمة النص بما يأتى : « اذا اشترط شخص للغير ، دون توكيل ، فالغير بالخيار بين أن يقر العقد أو يرفض الاعتراف به » . وهذه ترجمة اذا كانت مبسطة فذلك يرجع الى أن الأصل ذاته غامض ، اذ هو قد ينصرف الى عمل الفضولى أو الى الاشتراط لمصلحة الغير . فجاء المترجم وزاد هذا القموض ابهاما ، اذ وضع النص العربى كما يأتى : « من عقدت على ذمته مشاركة ، بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها » . فأصبح النص العربى يتحمل — عدا عمل الفضولى والاشتراط لمصلحة الغير — التعهد عن الغير أيضا . فان « من عقدت على ذمته مشاركة » قد يكون فى هذه « المشاركة » دائنا أو مدينا . هذا الى عدم الدقة فى ترجمة الاقرار (confirmer) « بالقبول » .

ثم اقرأ نص المادة ٢٠٩ ، وهذا هو : « للمبالغ المستحقة للأطباء وللأقواكية وللمهندسين أجرة سعيهم ، وللباعة أمان المبيعات لغير التجار مطلقا ، ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجاراتهم الخ الخ » ، ألا يروى هذا القموض الخيم على العبارة من أولها الى آخرها ، فهى تكاد تكون لقرا يتعب الفكر فى حله . وواضع هذا النص يريد أن يقول أن المبالغ المستحقة للأطباء وللمحامين والمهندسين أجرا على عملهم ، وكذلك المبالغ المستحقة للباعة ثمنا لما باعوه ، سواء تعاملوا مع غير مختص بالتجارة ، أو مع تاجر فى غير شؤونه التجارية . . .

وترجم النص الفرنسى للمادة ٢٦٥ : « Lorsque le vendeur aura vendu : comme sienne une chose qu'il saura ne pas lui appartenir ... » بما يأتى : « أما اذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له ... » فأين هذه الترجمة من الأصل ، وكيف يتسنى لنا أن نستخلص بوضوح من الترجمة العربية أن البائع يجب أن يكون عالماً بأن الشيء المبيع غير مملوك له ، كما تقرأ ذلك صراحة فى النص الفرنسى .

وحذف المترجم ، فى ترجمة المادة ٤٦٢ ، لفظاً اختل بحذفه المعنى . فالنص الفرنسى يجيز للشركاء الأصليين فى الشبوع أن يستردوا حصة شائعة باعها أحدهم . أما الترجمة العربية لهذا النص فتفتقر كلمة « الأصليين » ، ويصبح للشركاء فى الشبوع ، أصليين كانوا أو غير أصليين ، حق الاسترداد وهذا غير ما قصده المشرع .

وترجمت عبارة « الكفالة القضائية » (caution judiciaire) الواردة فى المادة ٤٩٩ « بالكفالة التى تؤخذ بالحكام أو بناء على حكم » ، وهى عبارة مضطربة مبهمه .

ويطول بنا الأمر لو تعمقنا مشرعنا المصرى فى غرضه وعدم دقته . ويكفى أن نشير الى بعض النصوص كالمواد ١٤٣ و ١٦٧ و ١٩١ و ٣٦٢ و ٣٧٠ و ٣٨٣ و ٥٣٨ و ٥٣٩ . وفى بعضها حذف ، وفى البعض الآخر زيادة ، وفى أكثرهما غرض واضطراب يفسد المعنى ، أو يجعله مغلقاً عسير الفهم .
الخطأ فى الترجمة : على أن الأمر يزيد خطورة اذا جاوز المترجم عدم الدقة فى الترجمة الى الوقوع فى أخطاء جوهريه .

ومن يقرأ المادتين ٨٤ و ٨٥ فى نصهما العربى لا يكاد يصدق أن هذا النص ترجمة للأصل الفرنسى . فان المادة ٨٤ تنص على أنه « لا يسرى حكم تملك العقار بمضى المدة الطويلة على من يكون مقعود الأهلية شرعاً » ، وهذا هو أصلها الفرنسى :

La prescription acquisitive, en matière immobilière, ne court pas contre ceux qui sont légalement incapables.

وتنص المادة ٨٥ على أنه لا تسرى كذلك « على مققود الأهلية المذكورة أحكام ما عدا ذلك من أنواع التملك بمضى المدة الطويلة متى كان المعتبر فيها أزيد من خمس سنوات ». وهذا هو الأصل الفرنسى :

Aucune autre prescription de plus de cinq années, ne court contre ces mêmes incapables.

فى المادة ٨٤ ترجمت عبارة « مضى المدة المكسب » (prescription acquisitive) بعبارة التملك « بمضى المدة الطويلة » ، مع أن مضى المدة المكسب قد يكون بالمدة الطويلة أو بالمدة القصيرة . وفى المادة ٨٥ أعاد المترجم عبارة التملك « بمضى المدة الطويلة » وأراد بها هذه المرة « مضى المدة المسقط » ، والفرق واضح بين العبارتين . وقد ترتب على هذا الخلط الشنيع أن فسد المعنى فى النص العربى فسادا تاما . فمن يقرأ هذا النص يحسب أن المشرع يريد أن يوقف سريان التقادم المكسب ، اذا كانت مدته طويلة ، طبقا للمادة ٨٤ . ثم يقف حائرا بعد ذلك فى تفسير المادة ٨٥ ، فهى تفترض نوبا من التقادم المكسب ، مدته أزيد من خمس سنوات وأقل من خمس عشرة سنة ، يقف سريانه كذلك . فأين هو هذا النوع من التقادم ؟ الواقع أنه غير موجود ، وأن النص العربى للمادتين ٨٤ و ٨٥ وقع فيه خطأ فاضح . ومن يرجع للأصل الفرنسى يرى أن المشرع المصرى قد أراد أن يوقف سريان التقادم المكسب ، سواء كان طويلا أو قصيرا ، أما التقادم المسقط فلا يوقفه الا اذا كان طويلا . فأين هذا من النص العربى المضطرب السقيم ؟

وترجمت عبارة « محل الالتزام » (objet de l'obligation) الواردة فى المادة ٩٥ بمباراة « الفرض من التعهد » . وترجمة « المحل » « بالفرض » ترجمة مشوهة ، لا تجعل النص مفهوما ، وتخلط ما بين المحل والسبب ، اذ السبب هو الفرض الذى يقصد اليه الملتزم من وراء التزامه . فمن يفهم « الفرض من التعهد »

يعنى « سبب الالتزام » ، لا يكون متعسفا فى الفهم . ومع ذلك فان المشرع أراد أن يذكر الحل لا السبب .

ونذكر مثلاً أخيراً هو المادة ١٣٦ . واليك النص الفرنسى لهذه المادة :

Le dol vicie le consentement quand les manœuvres *pratiques contre la partie* sont telles que, sans ces manœuvres, elle n'aurait pas contracté.

والترجمة الصحيحة لهذا النص هى : « يفسد التدليس الرضاء ، اذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد من الخطر بحيث أنه لولاها لما رضى » . وظاهر أن المشرع لا يشترط أن تكون الحيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين صادرة من المتعاقد الآخر . وقد كان فى هذا متقدما على المشرع الفرنسى تقدما جديرا بالثناء . فان القانون الفرنسى (م ١١١٦) تقيد بالقاعدة العتيقة الموروثة عن القانون الرومانى ، وأوجب أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر . فانظر بعد ذلك الى ما فعله مترجمنا ، وكيف أفسد على المشرع المصرى غرضه ، اذ ترجم النص المتقدم بما يأتى : « التدليس موجب لعدم صحة الرضاء ، اذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتبا على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ، بحيث لولاها لما رضى » . فأوجب بذلك أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر ، وعاد الى الحكم المنتقد الذى أراد مشرعنا أن يهجره . وأعجب لهذه الصدفة العمياء التى قضت علينا أن نقع فيما أردنا التخلص منه ، وأن يتعثر مشرعنا ، من حيث لا يحتسب ، فى ذيل هذا أخطأ الشنيع الذى وقع فيه مترجمنا ، فينعكس عليه غرضه ، ويلتوى به قصده ، ويترجم كلامه مشوها مسوخا .

ثانيا : تقدم التشريعات الأجنبية

صكر كذا التقنين فى الظالم : نعتقد أن ما عديدناه من عيوب تشريعنا كاف للاقناع بوجوب تنقيحه ، فاذا أضفنا الى ذلك أنه فى غضون الخمسين من الأعوام التى مرت على تشريعنا ، صدرت تشريعات أجنبية بفضل من وجوه كثيرة

التشريع الفرنسى الذى نقلنا عنه ، فالفرصة اذن سانحة ، عند تنقيح تشريعنا ، لأن نقتبس من هذه التشريعات ، وهى ثمرة تجارب أمم عظيمة ، ما يتلاءم مع حالتنا ، تبين لنا الى أى حد نحن فى حاجة الى هذا التنقيح .
وسنذكر فى مكان آخر كيف يمكن أن نستفيد من هذه التشريعات .
ونكتفى هنا بوصف حركة التقنين فى العالم ، وقف عند التقنيات الهامة التى صلدت بعد تقنيناتنا .

يمكن القول ان القرن التاسع عشر كان مبدأ عصر التقنين . فما كاد يظهر التقنين الفرنسى فى أول ذلك القرن حتى تلتته تقنينات كثيرة فى أنحاء مختلفة من العالم . فظهر التقنين النمساوى فى سنة ١٨١٢ . ونقلت إيطاليا وهولندا ورومانيا واسبانيا والبرتغال وتونس ومراكش والولايات الجنوبية من كندا . وكثير من الدول الأمريكية الجنوبية عن التقنين الفرنسى . وكذلك فعلت اليابان فى سنة ١٨٩٦ .

ثم صدر التقنين الألمانى وصار نافذا فى سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسرى فى سنة ١٩١٢ ، وأعيد النظر فى التقنين النمساوى فى أول سنى الحرب الكبرى (سنة ١٩١٤ الى سنة ١٩١٦) ، وكذلك التقنين البرازيلى فى سنة ١٩٢٦ ، وتقنين السوفييت فى سنة ١٩٢٣ ، والتقنين الصينى فى سنى ١٩٢٩ و ١٩٣٠ ، والتقنين اللبنانى فى سنة ١٩٣٢ .

هذا الى مشروعات تقنين كثيرة أهمها المشروع الفرنسى الايطالى والمشروع البولونى والمشروع التشيكوسلوفاكى .

ويمكن تقسيم قوانين العالم المعروفة فى العصر الحاضر الى طوائف أربع :
(أولا) القوانين اللاتينية ، ويمثلها القانون الفرنسى العتيق والمشروع الفرنسى الايطالى الحديث ، وهذان هما طرفا السلسلة فى هذه القوانين . (ثانيا) القوانين الجرمانية ، ويمثلها القانون الألمانى والقانون السويسرى . (ثالثا) القانون الانجليزى . (رابعا) الشريعة الاسلامية .

أما الشريعة الاسلامية فسنعقد لها بحثا خاصا فيما يلى ، نبين فيه الى أى حد

أخذ مشرعنا منها وإلى أى حد يمكنه أن يأخذ . ولما كان القانون الانجليزى غريبا عنا ولم نألقه ، فمن البعيد أن نستفيد منه كثيرا عند مراجعة تشريعنا ، لذلك نغفله في بحثنا هذا . وتبقى القوانين الجرمانية والقوانين اللاتينية ، نأخذ من الأولى أهمها وهما القانون الالماني والقانون السويسرى ، ونأخذ من الثانية أحدثها وهو المشروع الفرنسى الإيطالى . وهذه هى الجديرة بأن تكون محلا للنظر اذا أردنا أن نستفيد من حركة التقنين الحديثة .

ونحن نصف وصفا موجزا كلا من هذه التقنينات الثلاثة .

١ - القانون الالماني

تاريخ وضع التقنين الالماني : يعد القانون الالماني أضخم تقنين صدر في العصر الحديث . ولعل كلمة « الضخامة » هى اللفظ الذى يتفق مع الطابع الالماني . فيكاد يكون كل شئ لهم ضخما . رزقوا الضخامة فى العلم وفى الصناعة وفى الحرب وفى السياسة وفى التشريع ، وامتازوا بالضخامة حتى فى اللغة ، وحتى فى الجسم . والقانون الالماني خلاصة النظريات العلمية الألمانية مدى قرن كامل ، وهو يبرز من الناحية الفقهية أى قانون آخر ، فقد اتبع طريقة تعتبر من أدق الطرق العلمية وأقربها للمنطق القانونى . ولكن هذا كان عائقا له عن الانتشار ، فان تعقيده الفنى ودقته العلمية أقصياه بعض الشئ عن منحى الحياة العملية ، وجعله مغلق التركيب عسر الفهم .

وقد كان القانون الرومانى ، باسم قانون البندكت (Pandectes) ، هو الذى يطبق فى البلاد الألمانية ، قبل صدور هذا التقنين . وكانت العادات الجرمانية تطبق أيضا الى جانب القانون الرومانى . وقد صدرت مجموعات مقننة فى بعض البلاد الجرمانية ترجع الى عهد بعيد ، أهمها التقنين البروسى المعروف باسم قانون فردريك الأكبر ، بدأ تحضيره فى سنة ١٧٤٦ ولكنه لم يعمل به الا فى سنة ١٧٩٤ . وكذلك القانون النمساوى الذى عمل به فى سنة ١٨١٢ ، وهو

القانون الذى عدل فى السنين الأولى من الحرب الكبرى كما سبقت الإشارة الى ذلك .

ثم قام فى أوائل القرن التاسع عشر فقيه ألمانى معروف (Thibault) ، ينادى بتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها . فقام فى وجه الفقيه الألمانى الكبير سافينى (Savigny) ، زعيم المدرسة التاريخية فى القانون ، وناهضه مناهضة عنيفة ، محتجا بأن القانون لا يجوز تقنينه ، اذ أن التقنين يعوق تطوره ويقضى عليه بالجلود . ونجح سافينى فيما دعا اليه . فأخر بذلك التقنين الألمانى دهرا طويلا .

على أن فكرة التقنين العام الشامل للقوانين الجرمانية لم تتخذ ، بل أخذت تنتشر فى شئ من البطء ، ثم نشطت حركتها على أثر تقرير شئ من الوحدة للإمبراطورية الألمانية فى منتصف القرن التاسع عشر . وعند ما تكون اتحاد الشمال الجرمانى وجدت هيئة تشريعية مركزية ذات اختصاص ضيق لهذا الاتحاد . ثم تألفت فى سنة ١٨٦٠ جمعية من الفقهاء الألمان والنسايين (Juristentag) تعمل لتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها ، فعقدت الجمعية عدة مؤتمرات خلصت منها بمشروع لقانون الالتزامات هو المعروف بمشروع درسد (Dresde) .

ولما توحدت الإمبراطورية الألمانية فى سنة ١٨٧٠ ، جعل التشريع المدنى من اختصاص الهيئة التشريعية المركزية . فشكل مجلس البوندسرات (Bundesrath) فى سنة ١٨٧٤ لجنة لتحضير خطة عامة لتقنين مدنى . ولما وضعت هذه الخطة ، تألفت لجنة مشكلة من أحد عشر عضوا ، كلهم من الفقهاء والقضاة ، وقد قام كل عضو بكتابة النصوص فى موضوع من موضوعات القانون وكل اليه ، وأخذت هذه اللجنة بمشروع درسد فى الالتزامات . وتم بذلك تحضير مشروعات ابتدائية كاملة للنصوص فى سنة ١٨٨٠ . واجتمعت اللجنة بعد ذلك لتناقش هذه المشروعات ، وظلت فى عملها حتى سنة ١٨٨٧ ، فأخرجت « المشروع الأول » للقانون الألمانى . ونشر هذا المشروع رسميا للاستفتاء فى سنة ١٨٨٨ . فتولاه الرأي العام بالتحجيس والتبند ، ونشرت أبحاث كثيرة

متنوعة ، من مقالات ورسائل ومشروعات معارضة ، كتبها المشتغلون بالقانون في ألمانيا يبحثون فيها المشروع العروض للاستفتاء من جميع نواحيه . وقد لوحظ بوجه عام على المشروع أن لغته أقرب للفقهاء منها الى التشريع ، وأن نفوذ القانون الروماني متغلغل فيه ، ومن أجل هذا قام في وجهه جيريك (Gierke) ، الفقيه الألماني المعروف ، وكان من أكبر الدعاة لوجوب الأخذ بالعادات الجرمانية إذ هي قوانين البلاد الأصلية ، ونادى بوجوب تغليب هذه العادات على القانون الروماني الدخيل في التقنين الجديد .

فشكل مجلس البوندسرات في سنة ١٨٩٠ لجنة أخرى من اثنين وعشرين عضواً ، جمعت الى رجال القانون رجال الصناعة والتجارة والمال وكبار الملاك . واتخذت هذه اللجنة أساساً لعملها « المشروع الأول » ، وأخذت في تعديله . وكما أنجزت جزءاً نشرته للاستفتاء . فانتهى « المشروع الثاني » في سنة ١٨٩٥ . ثم عادت اللجنة الى مراجعة هذا المشروع في ضوء ما حصلت عليه من نتائج الاستفتاء الذي قامت به ، فعدلت منه أيضاً . وعرض هذا المشروع الثاني المعدل (المشروع الثالث) على مجلس البوندسرات في يناير سنة ١٨٩٦ ، بقصد أن تخفف من نزعة الفقيهية وزاومت فيه التقاليد الجرمانية النفاذ الروماني . فنظر فيه هذا المجلس ، وأحاله ، وقد أصبح « مشروعاً رابعاً » ، على مجلس الريخستاغ (Reichstag) .

وانتقدت الحكومة مع الأحزاب السياسية على أن تقصر الأحزاب حقها في طلب التعديل على المسائل السياسية والاجتماعية والدينية ، تاركة مسائل الصياغة القانونية كما هي دون تعديل حتى لا يحتل تناسقها . وألف مجلس الريخستاغ لجنة تمثلت فيها كل الأحزاب . وقد اقترحت هذه اللجنة مآثرته من التعديلات في حدود ما سبق الاتفاق عليه . فكان ذلك سبباً في سهولة وسرعة مواصلة المجلس على المشروع ، إذ وافق عليه في أول يولييه سنة ١٨٩٦ . وفي ١٤ يولييه من السنة نفسها ، وافق عليه مجلس البوندسرات ، وكان قد عرض عليه أولاً كما قدمنا . ثم ختمه الامبراطور في ١٨ أغسطس سنة ١٨٩٦ ، وأصدره في ٢٤ أغسطس

سنة ١٨٩٦ ، على أن يعمل به من أول يناير سنة ١٩٠٠ .
 هذا هو تاريخ موجز للتقنين الألماني . نرى منه قدر العناية التى بذلها الألمان فيه . فقد صرفت اللجان والمجالس المختلفة فى دراسته أكثر من عشرين عاما .
 وتحضير هذا التقنين يمتاز بما يأتى : (١) هذه المدة الطويلة التى صرفت فى وضعه ، حتى صار محكما دقيقا . وقد جمع خلاصة الفقه الألماني فى أرقى مراحل (٢) اشتراك غير القانونيين ، من رجال الصناعة والمال وكبار الملاك ، فى تحضيره . وهذا ما جعله ثمرة التجارب العملية ، كما هو خلاصة النظريات الفقهية والتقاليد القضائية . (٣) طرق الاستفتاء الواسعة المختلفة التى كان محللا لها ، مما ساعد على تمحيصه تمحيصا دقيقا وسمح لعدد كبير من المشتغلين بالقانون بالمساهمة فى تحضيره ، كل بما وسعته طاقته . وهذه دروس يجب أن نستفيد منها عند مراجعة تشريعنا المدنى .

ترتيب التقنين الألماني : أما ترتيب هذا التقنين ، فقد احتذى واضعوه فيه مثل البانديكت الرومانية ، فجاء فى خمسة كتب . خصص الكتاب الأول منها لمقدمة عامة ، عرضت للأحكام المتعلقة بالشخص والشيء وبالعمل القانونى ، وأتمت بأحكام فى مضى المدة المسقط وكيفية استعمال الحق . وعرض المشرع الألماني عند الكلام فى الأشخاص للشخصية المعنوية والجمعيات والنشآت ، وعند الكلام فى العمل القانونى لموضوعات كثيرة من نظرية الالتزام ، كالأهلية والعقد والنيابة والالتزامات الموصوفة ، مما جعل هذه النظرية تتوزع بين المقدمة والكتاب الأول توزعا ليس من شأنه أن يسهل البحث . ووردت نظرية سوء استعمال الحق عند ذكر كيفية استعمال الحقوق .

أما الكتب الأربعة الأخرى ، فالاثنتان الأخيرتان خصصا لقانون الأسرة والميراث . والكتابان الأولان لقانون المعاملات . اشتمل أحدهما على ما بقى من نظرية الالتزام . والثانى عرض للأشياء ، فبدأ بالحيازة ، وأخذ فيها بأحدث النظريات ، ثم استعرض أسباب اكتساب الملكية . وقد عدلت بتعديل جوهريا بسبب ادخال نظام السجل العقارى .

تقدير هذا التقنين : ولا شك في أن هناك كثيراً من الدروس يمكن استخلاصها من قانون المعاملات في التقنين الألماني ، والاستفادة منها عند مراجعة تشريعنا المدني . وقد قدرت اللجنة الرسمية الفرنسية ، التي قامت بترجمة القانون الألماني إلى اللغة الفرنسية والتعليق عليه ، هذا القسم من التقنين تقديراً كبيراً من ناحية القانون المقارن ^(١) .

وقدر التقنين الألماني تقديراً مختلفاً ، فذكرت محاسنه وعيوبه . فكتب الأستاذ جودمييه (Gaudemet) ، في مقاله للنشر في كتاب العيد اللثيني للقانون الفرنسي ^(٢) ، عن هذا التقنين ما يأتي : « ظهر التقنين الألماني ، وهو آية من آيات الفن والعلم ، كخلاصة نفيسة للنتائج التي وصل إليها الفقه الألماني في غضون القرن التاسع عشر ، سواء في دائرة البانديكت (القانون الروماني) أو في دائرة القانون الجرمانى الخاص . ولكن كثير من الشراح يرى أن هذا التقنين من الناحية الاجتماعية لا يسد كل الحاجات التي تتطلبها دولة ديمقراطية . وقد قيل عن التقنين الألماني ، كما قيل عن التقنين الفرنسي ، انه تشريع مفروق في نزعته « البرجوازية » ، وقد وضع ليحى مصالح الطبقات المالكة ، ولا يفسح الا مكاناً ضيقاً للأفكار الحديثة ، التي تقضى بحماية الضعيف وبتوثيق التضامن الاجتماعي » .

وبعد أن ذكر الأستاذ جوسران محاسن هذا التقنين من حيث نضوجه ، ومن حيث انه جمع خلاصة الفقه القانوني في القرن التاسع عشر ، قال ما يأتي : « وله ، الى جانب مزاياه التي لا نزاع فيها ، عيوب لا تقل عنها تحقيقاتاً . فهو عمل نظري في جوهره ، وقد كتب بأسلوب ثقيل لا يستمرأ ، واجتمعت فيه الصنعة والتجريد . وقد أراد المشرع الألماني أن يضع حلاً لكل شيء ، وأن يفترض كل الفروض ، مستعيناً في هذا بصناعة سار فيها إلى أبعد شوط . وإذا كان قد نجح

(١) انظر مقدمة هذه الترجمة جزء أول ص ٢٥ — ٢٦ .

(٢) جزء ٢ ص ٩٦٩ .

فى هذا بعض النجاح ، فقد خسر فى سبيل هذا النجاح مزيتى الوضوح والنزعة العملية . ولا شك فى أن العمل جليل يلى الاحترام ، ولكنه كان مجهودا قويا أكثر منه مجهودا عمليا تسرى فيه روح الحياة ^(١) .

ب — القانون السويسرى

ترتيب هذا التقنين : ينقسم القانون السويسرى الى قسمين منفصلين أحدهما عن الآخر . الأول القانون المدنى ويشتمل على أربعة كتب ، أحدها فى الأشخاص الحقيقية والاعتبارية ، والثانى فى قانون الأسرة ، والثالث فى الميراث والوصية ، والرابع فى الحقوق العينية . والقسم الثانى فى قانون الالتزامات ، ويتضمن ثلاثة أبواب ، أولها يضع نظرية عامة للالتزامات ومصادرها ، والثانى يتناول العقود المدنية ، والثالث يتكلم فى العقود والأوراق والدفاتر التجارية . ومن ذلك نرى أن المشرع السويسرى يدمج القانون التجارى فى قانون الالتزامات ، ويفصل ما بين الالتزامات وبقية أجزاء القانون المدنى . والسبب فى ذلك يرجع الى اعتبارات تاريخية ، لا الى طريقة علمية قصد اتباعها .

تاريخ وضعه : وذلك أن جمهورية الاتحاد السويسرى فكرت أول الأمر فى تقنين تشريعاتها التجارية . فشكلت لجنة فى سنة ١٨٦٣ من بعض أساتذة القانون لبحث مشروع للقانون التجارى وضعه أحد أعضاء اللجنة ، الأستاذ منتسنجر (Munzinger) . وكان يشمل القانون التجارى وبعض قانون الالتزامات . ثم انعقد مؤتمر من نواب المقاطعات السويسرية لمناقشة هذا المشروع ، فأقترح المؤتمر أن يكون المشروع شاملا لكل قانون الالتزامات الى جانب القانون التجارى . فوضع الأستاذ منتسنجر مشروعا جديدا يحقق هذه الرغبة فى سنة ١٨٧١ ، وقد اتخذ مشروع درسد الألمانى ، الذى سبقت الإشارة اليه ، أساسا لعمله .

ثم صدر دستور جديد للجمهورية الاتحاد السويسرى فى سنة ١٨٧٣ ، يعطى

(١) انظر جوسران ص ٥٢ — انظر أيضا رأى الأستاذ والتون فى مقاله المنشور

بمجلة مصر المصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٨٢ — ١٨٤ .

هيئة التشريع المركزية حق التشريع في مواد الأهلية وجميع المسائل المتعلقة بالتجارة والتعامل في المنقول . فكان من ذلك أن أسكن المضي في تهذيب مشروع سنة ١٨٧١ ، وجعله شاملا لجميع قانون الالتزامات والقانون التجاري ، ليكون ذلك قانونا عاما لجميع الولايات السويسرية ، اذ أن هذا داخل في اختصاص الهيئة التشريعية المركزية وفقا للدستور الجديد .

قدم الاستاذ فيك Fick ، بعد موت الأستاذ منتسجر ، مشروعه الأول في سنة ١٨٧٥ . وتشكلت لجنة من بعض الاساتذة والقضاة لبحث هذا المشروع ، فبحثته ونشرته للاستفتاء في سنة ١٨٧٧ . ثم أعادت بمحة مرة ثانية ، بعد زيادة في أعضاء اللجنة ، فبسطت من عبارته ، وزادت في وضوحه . وعرض المشروع على الهيئة التشريعية في سنة ١٨٧٩ ، فأعادت لمراجعته في بعض أجزائه ثم وافقت عليه جملة واحدة في سنة ١٨٨١ ، دون أن تناقش تفصيلاته ، حتى لا تخل بتناسق التقنين وقد عمل به من أول يناير سنة ١٨٨٣ . وهذا هو قانون الالتزامات السويسري في صورته الأولى .

ويتبين مما تقدم أن السبب في فصل قانون الالتزامات عن بقية أجزاء القانون المدني يرجع الى اعتبارات دستورية . فقد رأينا أن دستور سنة ١٨٧٣ لم يكن يعطى الهيئة التشريعية المركزية في جمهورية الاتحاد حق التشريع الا في المسائل التجارية وفي موضوع الالتزامات ، فصدر التشريع المركزي مقصورا على هذه الموضوعات . ولما روجع دستور الاتحاد في سنة ١٨٩٨ أعطيت الحكومة المركزية حق التشريع في جميع مسائل القانون المدني . فاعترفت الحكومة على تكملة التقنين المدني ، وعلى مراجعة قانون الالتزامات في الوقت ذاته ، لسرعة تطور التشريع في العصور الحديثة (١) .

(١) فإذا كان السويسريون قد أحسوا ضرورة مراجعة تقنينهم ولم يمس عليه أكثر من خمسة وعشرين عاما ، مع أنه صدر في نفس الوقت الذي صدر فيه تقنيننا (سنة ١٨٨١ . سنة ١٨٨٣) ، وكان وضعه أكثر دقة وأشد احكاما ، فما أحوجنا اليوم ، وقد مضى على القانون المصري خمسون عاما ، الى هذه المراجعة .

فبدأ الأستاذ (Huber) بوضع مشروع للقانون المدني يكل قانون الالتزامات . ثم راجع بعد ذلك قانون الالتزامات ، وجعله الباب الأخير من مشروع القانون المدني . وأحيل المشروع على لجان مشكلة من بعض الأساتذة والقضاة . وعرضا بعد ذلك على الهيئة التشريعية المركزية . فأقرت هذه الهيئة القانون المدني منفصلا عنه قانون الالتزامات في سنة ١٩٠٧ ، وتقرر أن يعمل بهذا القانون في أول يناير سنة ١٩١٢ .

ثم شكلت لجنة جديدة ، من أساتذة وقضاة أيضا ، لاعادة مراجعة المشروع المعدل لقانون الالتزامات ، فقدمت اللجنة مشروعا نهائيا الى الهيئة التشريعية في سنة ١٩٠٩ ، فأقرته هذه الهيئة في سنة ١٩١١ ، على أن يعمل به هو والقانون المدني معا في أول يناير سنة ١٩١٢ . وهذا هو قانون الالتزامات السويسري في صورته الحاضرة .

وقد بقي منفصلا عن القانون المدني كما كان الأمر من قبل ، لأن مراجعته لم تكن كاملة ، بل بقي الجزء الخاص بالقانون التجاري على حاله كما كان في سنة ١٨٨٣ ، اذ ضاق الوقت عن مراجعته ، بعد أن اعتزم العمل بقانون الالتزامات مع القانون المدني في سنة ١٩١٢ . ويقول السويسريون ، تبريرا لعدم توحيد القانون المدني ، ان قانون الالتزامات (وقد اكتفى بمجمله الكتاب الخامس ، مكملا بذلك كتب القانون المدني الأربعة دون أن يدمج فيها) قانون قائم بذاته ، له تقاليد مستقلة ، وتاريخ قديم ، وقد ألقت الناس الاشارة الى نصوصه ، فلا يضر وحدة التشريع بقاؤه منفصلا انفصالا ماديا محضا ^(١) .

ومما هو جدير بالذكر أن التقنين السويسري صدر بلغات ثلاث ، الألمانية والفرنسية والإيطالية ، وكلها لغات رسمية للقانون . وقد اقتضت ذلك حالة سويسرا من حيث تعدد اللغات فيها .

(١) انظر شتيدر وفليك في قانون الالتزامات السويسري ص ٧ — وتقرير لجنة المجلس التشريعي الاتحادي في وثائق هذا المجلس سنة ١٩١١ المجلد الاول ص ٦٩٩ .

ونحن اذا عرضنا لكيفية تحضير التقنيات الحديثة ، فذلك نستخلص منها دروسا نافعة ، نستفيد منها في وضع نظام للاجراءات التي يحسن اتباعها في مراجعة تشريعنا . ويلفت النظر في تاريخ تحضير التقنين السويسرى أن هذا التقنين قام على أكتاف الأساتذة ، بل ان الذى كان يضع المشروعات الأولى هو أستاذ واحد (منتسجر - فيك - هوبر) ، ثم تبحث المشروع لجنة مشكلة من أساتذة وقضاة . وهذا يختلف عن تحضير التقنين الألمانى ، فقد اشترك فيه رجال غير قانونيين كما قدمنا ، وقام بوضع نصوص المشروع الأول أحد عشر شخصا لا شخص واحد .

وكان المنتظر أن يكون التقنين السويسرى ، وهو من عمل الأساتذة ، عملا قهيا ، فاذا به ذو صبغة عملية بارزة ، كما سنبين ذلك . أما التقنين الألمانى ، وقد اشترك في تحضيره رجال عمليون ، فصبغته القهية واضحة مشهورة ، وقد سلفت الاشارة اليها .

تقريره : يمتاز التقنين السويسرى بالوضوح والبساطة ، فيتغايى بهذا مع التقنين الألمانى المغلق المعقد . وهو يجمع الى الوضوح والبساطة الدقة والتعمق ، ثم يضم الى كل ذلك الجدية والتشئ مع أحدث النظريات العلمية . ففيه تجتمع مزايا التقنين الألمانى من حيث القيمة الفنية ، ومزايا التقنين الفرنسى من حيث السلاسة والوضوح .

فهو مثل عال من مثل التشريع ، من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع . ووضوحه كان سببا في انتشاره انتشارا سريعا . وأصبح شأنه من حيث الذبوع في القرن العشرين شأن التقنين الفرنسى في القرن التاسع عشر . وقد بلغ الأمر ببعض الأمم ، كالترك ، أن اتخذته تشريعا لها جملة واحدة ، وآثرته على جميع التقنيات الغربية عند ما أرادت الانتقال من الشريعة الاسلامية الى التشريع الأوروبى . ولا شك في أن هناك دروسا نافعة كثيرة يمكننا أخذها من هذا التقنين عند مراجعة تشريعنا .

ويفخر السويسريون بأن تقنينهم من نسج أيديهم ، لم ينحوا فيه منحي التقليد الجرد . وفي هذا يقول الأستاذ روسل (Roszel) ^(١) : « قد استمددنا القانون المدني السويسري من مصادر هي مصادرنا . وقد استطعنا أن نتجنب الاستمداد من التشريعات الأخرى . وإذا كان طبيعيا أن توجد مسائل مشتركة بين تقنيننا والتقنين الألماني أو التقنين الفرنسي ، فتقنيننا ليس مدينا لأى من التقنينين ، أو هو على الأقل ليس مدينا لها إلا في بعض المسائل التفصيلية ، وبقدر واحد تقريبا بالنسبة لكل منها . ويمكن القول ان تقنيننا قد نسج على منوال طباعنا وأخلاقنا وعقليتنا ، اذ أنه حقاً تشريع سويسري قبل كل شيء » . وهذا وصف رائع لما يجب أن تكون عليه تشريعات الأمم ، وأن كان فيه شيء من المبالغة من حيث اجتناب الاقتباس من التشريعات الأجنبية .

وليس السويسريون وحدهم هم الذين يعجبون بتقنينهم ، بل يشترك في هذا الإعجاب كثير من العلماء الأجانب . فيرى الأستاذ جودميه أن التقنين السويسري قد امتاز ببساطته ، وبتجنبه للتعقيدات الفقهية ، وبصبغته العملية السائدة ، وقد حقق ، بهذا الوضوح وبهذه البساطة ، الى أقصى حد ممكن ، للثل الأعلى لتشريع ديموقراطي ^(٢) . ويرى الأستاذ جوسران أن التقنين السويسري قد فاق التقنين الألماني من وجوه كثيرة ، فهو أكثر مرونة ، وأقل صبغة فقهية ، وأكثر قبولاً للأفكار الحديثة في المساواة والتضامن الاجتماعي ، وهو لم يحاول أن يوجد حلاً لكل فرض ، بل ترك للقاضي والفقيه حرية واسعة في التقدير وفي الاجتهاد واكتفى بتقرير المبادئ العامة ، فأمن بذلك أن يشل تشريعه من تطور القانون ^(٣) . ويرى الأستاذ والتون أن التقنين السويسري هو خير تشريع تحتذي به أمة تريد أن تقتبس من التشريعات الأجنبية ، لبساطة عبارته ، ووضوح

(١) القانون المدني السويسري — لوزان ص ٨ — ٩ .

(٢) المقال المنشور في كتاب العيد الميثيق للقانون الفرنسي جزء ٢ ص ٩٦٩ — ٩٧٠ .

(٣) جوسران ١ فقرة ٥٣ .

ج - المشروع الفرنسى الايطالى

تاريخ وضع : المشروع الفرنسى الايطالى هو مجرد مشروع لم يتخذ بعد قانونا . ولكنه مع ذلك صار موضوعا لدراسات متعددة . اذ هو خلاصة القوانين اللاتينية ، جذبت حتى صارت تماشى العصر . وهو يصلح أن يكون مشروعا لمراجعة القانون الفرنسى والقانون الايطالى والقوانين اللاتينية الأخرى . فأصبحت دراسته عنصرا من عناصر القانون المقارن . ويوضع عادة رمزا للروح اللاتينية ، الى جانب القانونين الألماني والسويسرى رمز الروح الجرمانية .

بدا وضع المشروع فى أواخر الحرب العظمى ، فى سنة ١٩١٨ ، اذ قام الأستاذ شيالويجا (Scialoja) ، الفقيه الايطالى المعروف ، ينادى بتوحيد القانونين الفرنسى والايطالى ، ليكون ذلك أساسا لتوحيد القانون فى أكثر بلاد العالم . فأتى من الأساتذة الفرنسيين ، لاسيما الأستاذ لارنود (Larnaude) عميد كلية القانون بباريس فى ذلك الوقت ، ترحيبا بدعوته . وألفت لجنتان ، احدهما فرنسية برئاسة الأستاذ لارنود ، والأخرى ايطالية برئاسة الأستاذ شيالويجا . وكان أعضاء اللجنتين من الأساتذة والقضاة والمحامين والوزراء السابقين وأعضاء الهيئات التشريعية وكبار الموظفين . واتفقت اللجنتان على أن يبدأ عملهما بقانونى الالتزامات والعقود .

وتحولت اللجنة الايطالية الى لجنة رسمية ، واختصت بمصادر الالتزام وأنواع المختلفة . أما اللجنة الفرنسية فبقيت غير رسمية مدة طويلة ، واختصت بآثار الالتزام وطرق اثباته ، ثم تحولت بعد ذلك الى لجنة رسمية . وما لبثت اللجنة الايطالية أن حلت محلها لجان متعاقبة ، تكل كل لجنة أعمال سابقتها . وبقيت اللجنتان الفرنسية والايطالية ، بعد أن أصبحتا رسميتين ، تعملان ،

(١) مجلة مصر المصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٨٢ و ص ١٨٤ .

وتتصل احدها بالأخرى ، اما بطريق اجتماعات دورية أو بطريق المراسلة أو ايضاد مندوبين ، حتى انتهتا من عملهما . فأنمتا مشروع تقنين فى موضوع الالتزامات والعقود ، كتب باللغتين الفرنسية والايطالية ، وأرفق به تقرير تفسيرى ، وقدم للحكومتين فى سنة ١٩٢٨ .

ترتيب : فالمشروع مقصور اذن على الالتزامات والعقود . ويضع الباب الأول منه نظرية عامة للالتزامات ، وهو مقسم الى ستة فصول ، تبحث فى مصادر الالتزامات وآثارها والالتزامات الموصوفة واقضاء الالتزامات ونقلها وطرق اثباتها . ويعقب الباب الأول أبواب كثيرة ، عقد كل باب منها لمعد من العقود المعينة ، فبسط للمشروع أحكام عقود البيع والمقايضة والايجار والعمل والاستصناع والشركة والوكالة والصلح والايراد المؤبد والايراد للرتب طول الحياة والرهان وعارية الاستعمال وعارية الاستهلاك والوديعة والحراسة والنقل والنزول فى الفنادق (hôtellerie) ورهن الحياة فى المنقول وفى العقار والكفالة .

تقريره : والمطلع على المشروع لا يسمعه إلا أن يعجب بالمجهود الكبير الذى قام به واضعوه . فقد كلّفهم هذا العمل جهود عشرة أعوام لم تذهب عبثاً . فخرجوا بعمل تشريعى يستوقف النظر ، ويكسب القوانين اللاتينية العميقة جدة لم تكن لها ، وينفخ فيها روح العصر الذى نعيش فيه . وهو من الناحيتين الشكلية والموضوعية يفضل التقنينين الفرنسى والايطالى اللذين يراد به أن يحل محلها . ولا شك فى أن دراسة هذا المشروع ضرورية لنا عند ما نزيد مراجعة تشريعنا ، اذ هو نواة صالحة لمراجعة ما كان مصدره لاتينيا من القوانين ، كقانوننا المصرى . وقد ذهب البعض الى حد أن اقترح اتخاذ المشروع برمته قانونا فى مصر ، نعدل به قانوننا فى الالتزامات وفى العقود ^(١) . ونحن وان كنا لا نذهب

(١) أنظر محاضرة الأستاذ بوايه (Boyé) المنشورة فى مجلة مصر المصرية مجلد ٢٢ ص ٢٨ — ص ٢٩ . ويشير الأستاذ بوايه ، فى محاضرة أخرى ، باتخاذ المشروع الفرنسى الايطالى مصدرا تشتق منه المحاكم مبادئ القانون الطبيعى والمعدلة .

الى هذا الحد ، لا نشك في امكان الاستفادة من المشروع الفرنسى الايطالى عند مراجعة تشريعنا الحاضر . فقد توخى في وضعه قدر كبير من الدقة ، وأدخل فيه كثير من النظريات القانونية الحديثة .

واليك ما يقوله واضعو المشروع في التقرير التفسيري الذى أرفقوا به مشروعه : « لقد كان المشروع الذى خلص من هذا التعاون فى العمل ثمرة مجهود أخوى منظم من جانب فقهاء البلدين الشقيقين . وقد بذل هؤلاء الفقهاء ما فى وسعهم حتى يخلقوا بمجهودهم المشترك من القواعد القانونية ما يصح أن يمثل ، فى كل بلد من البلدين ، أرقى نظام قانونى يطلبه العلم والعمل . فأوجدوا بذلك أول نموذج جدى لما يمكن أن يكون عليه ، فى المستقبل القريب أو البعيد ، قانون خاص جديد لأوروبا ، يكون مشتركا بين جميع الأمم ، أو بين طائفة كبرى من هذه الأمم الأوروبية ، بل ومن أمم أخرى وراء البحار . فنحن تعجلنا بذلك أعمال معهد توحيد القانون الخاص ، وأوجدنا أول أساس قوى لقانون عالمى مشترك ^(١) » .

وقد اقتبس واضعو المشروع ، كما يذكرون فى تقريرهم ^(٢) ، بعض الأحكام من القانون الألمانى والقانون السويسرى والقانون النمساوى والقانون البرازيلى وغيرها من القوانين الأخرى ، حتى يجعلوا المشروع نواة صالحة لتوحيد القوانين المتحضرة فى العالم .

والظاهر أن المشروع كان له صدى واسع فى البلاد التى تأثرت بالقوانين اللاتينية . فقد ترجمته رومانيا ترجمة رسمية تمهيدا لاتخاذها تشريعا لها . واتخذته ألبانيا بالفعل تشريعا لها فى نفس السنة التى ظهر فيها . وتتبعه بلاد أخرى باهتمام كبير ، كاليونان وبولونيا ويوجوسلافيا وبارجيك وأمريكا اللاتينية . والسفر فى نجاحه ، على ما يظهر ، يرجع الى أنه محافظ على الروح اللاتينية

(١) ص ٣٥ من التقرير .

(٢) ص ٣٧ من التقرير .

فى بساطتها ووضوحها ، وهو يتمشى فى الوقت ذاته مع النظريات الحديثة . وقد وصل الأستاذ بوايه (Boyé) من الغلو فى تقديره الى حد أن فضله على التقنين السويسرى من حيث الدقة والتحديد ^(١) .

على أننا نرى أن المشروع الفرنسى الايطالى ، وهو فى ذلك كككل عمل تشريعى يرمى الى توحيد القوانين ما بين الأمم المختلفة ، يحمل أثرا قويا من روح المساومة والرغبة فى تسوية الخلاف ما بين التشريعين اللذين يرمى الى توحيدهما . وهو يكاد يكون رجعيا فى نزعته ، اذ يحتفظ بالروح اللاتينية الى حد جله يضحى من أجل الاحتفاظ بها التمشى مع روح التقدم الحديثة فى بعض النواحي ، حتى لا يستحدث تغييرا كبيرا فى التشريعات الفرنسية والايطالية الحاضرة ، فىكون بذلك أدنى الى أن تأخذ به الأمتان . من ذلك أنه لا يعترف بمحوالة الدين كما اعترف بمحوالة الحق ، وهو يجارى فى ذلك القانونين الفرنسى والايطالى . ويحتفظ ببعض أغلاط فى القانون الفرنسى ، دون أن يوجد سبب ظاهر لذلك الارغبة واضعى المشروع ألا يحدثوا تغييرات كثيرة فى التشريعات الحاضرة ^(٢) . ولم تفت ملاحظة هذه النزعة الرجعية بعض من اشتركوا فى وضع المشروع ^(٣) .

(١) أنظر محاضراته المشار اليها فى مجلة مصر المصرية مجلد ٢٢ ص ١٨ .

(٢) أنظر مثلا لذلك المادة ١٩ من المشروع ، وهى خاصة بالاكراه . يقع هذا النص فى نفس التناقض الذى وقت فيه المادة ١١٢ من القانون المدنى الفرنسى ، من حيث جمعه بين الميسار المادى والميسار الشخصى للاكراه . ويرتكب الخطأ الذى اوتكبه المشرع الفرنسى فى المادة ١١١٣ من تدماده أشخاصا معينين يعتبر وقوع الاكراه عليهم مؤثرا فى ارادة المتعاقد ، وإن كان قد أفسح المجال لبعض الشيء لتقدير القاضى .

(٣) من ذلك ما يقوله الأستاذ ريبير (Ripert) : « لم يكن الفرض وضع مشروع تقنين يكون جديدا من جميع الوجوه ، أو تسجيل كل الأفكار التى جسدت فى موضوع الالتزامات فى غضون القرن الماضى . وأول القرن الحاضر بنصوص تشريعية . وإنما قصد تقريب قانون كل بلد من قانون البلد الآخر ، مع ادخال بعض القواعد القانونية الجديدة ، التى أخذت بها التشريعات الاجنبية أو القضاء ، تمشيا مع الحاجات العملية الحديثة ، فى هذا القانون المشترك . وهذه خطة حكيمة ، وخطرها الوحيد هو أنها لا تقسح مجالاً للتقدم . »

على أنهم جميعا يعترفون بأنهم تجنبوا ادخال تعديلات جوهرية في التشريعات الحاضرة^(١).

أهمية الرجوع الى التقنيات الحديثة : يتبين مما تقدم أهمية الرجوع الى التقنيات الحديثة عند تنقيح تشريعنا المدني ، فمنها نستطيع أن نستخلص أحدث النظريات القانونية ، فنختار ما يتلاءم مع حالتنا . وسنشير الى بعض من هذه النظريات عند ما نبين الأساس الذي تبنى عليه المراجعة .

والذي يهمنا هنا أن نؤكد أنه هو أن التقنيات الحديثة قد تقدمت تقدما محسوسا ، يجعل القانون الفرنسى العتيق ، والقانون المصرى معه ، قديمين لا يكادان يصلحان للعصر الذى نعيش فيه .

فتقدم علم القانون المقارن والتشريعات الحديثة هو اذن سبب آخر ، يضاف الى السبب الأول ، ويدعونا الى التعجيل بتنقيح قانوننا المدني .

— فالإتفاق على ابقاء الموجود أسهل من الاتفاق على تحقيق اصلاح فيه . لذلك أمعن المشروع الفرنسى الايطالى في زعمته المحافظة أكثر مما يجب في كثير من المسائل . ولم يكن يمكن تحقيق الاتفاق الا بشرط ابقاء ما ظهر للبعض أنه عتيق ، والامتناع بنوع خاص من اقتراح ما لا ينال اجماعا « (مقدمة الأستاذ ريبير لرسالة فيفوردنو في المشروع الفرنسى الايطالى باريس سنة ١٩٢٢ ص ٥) .

(١) أنظر التقرير المرفق بالمشروع ص ٣٧ — ص ٤١ .

٢ §

على أى أساس يكونه تنقيح القانون المدنى المصرى

دقة الموضوع : لا يمكن أن نشير بتنقيح القانون المدنى ، بل يجب أن نبين على أى أساس يكون هذا التنقيح . ونحن نورد ما يعين لنا من رأى فى هذا الموضوع الدقيق . وحسبنا أن نفتح الباب لمناقشة هذه المسألة بما تقتضيه من دقة وتعقيد ، فإن خطر الأمر يتطلب مجهودا كبيرا يشترك فيه المشتغلون بالقانون فى مصر ، فليس تنقيح تقنين ، لا سيما إذا كان هو التقنين المدنى ، بالأمر الهين . لذلك نتقدم بملاحظاتنا فى هذا الموضوع فى شئ من التهيب . ولا نقصد إلا أن نضع الأمر تحت أعين رجال القانون ، ليرأوا فيه رأيهم بعد مناقشة وبحث وتمحيص .

وقبل أن نحدد الأسس التى يبنى عليها تنقيح قانوننا المدنى ، نحب أن نتقدم بأمر يجب أن يكون التفكير فيه سابقا على كل تفكير . فإن تنقيح القانون المدنى لا يكون ذا قيمة فى نظرنا ، إلا إذا تم لنا من هذا التنقيح تقنين مدنى كامل موحد .

ادماج الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى : نريد تقنيننا كاملا ، فلا معنى لشطر القانون شطرين ، بين معاملات وأحوال شخصية . فالتقنين الجديد يجب أن يكون شاملا لكل المسائل التى يحتوئها القانون المدنى الكامل . ولا نقصد بهذا أن ننقل تشريع الأحوال الشخصية من التشريعات الثرية . بل يجب أن يكون تشريعنا فى هذه المسائل منقولا من الشريعة الاسلامية ، مع جعله ملائما لأن يطبق على غير المسلمين من المصريين ، فىكون لنا بذلك تشريع عام فى الأحوال الشخصية ، يخضع له جميع المصريين ، مع احترام العقائد الدينية وعدم المساس بها . فنحن اذن لا نريد بادماج الأحوال الشخصية فى القانون المدنى أن نتقص من سلطان الشريعة الاسلامية ، بل على العكس من ذلك ، نحن نحب امتداد هذا السلطان الى دائرة المعاملات نفسها . ولكننا نريد أن

نحصل على مزية التقنين في جميع تشريعاتنا المدنية . أما في الحالة الحاضرة ، فلا تزال نصف قانوننا المدني غير مقنن . ولا علة لهذا سوى وهم قام بالذهن من أن الشريعة الاسلامية يجب البحث عنها في بطون كتب الفقهاء ، مع أن تقنينها أمر ليس بالصعب ، بل هو أمر قد تم بالفعل ، وقد قام به الأتراك رسميا في «مجلتهم» المشهورة . وقام به فذ من المصريين هو المرحوم محمد قدرى باشا ، فوضع كتابا قيمة يقنن فيها أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية وفي المعاملات وفي الوقف . فلتقنين الشريعة الاسلامية اذن سوابق معروفة . ولا نذهب بعيدا ، فان المشرع المصرى قد قنن بالفعل بعض أحكامها في شكل تشريعات خاصة ، أدمج بعضها في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وبقي البعض الآخر منفصلا ^(١) . فلماذا لا نقوم بالعمل كاملا ، ونتولى ، بمناسبة تنقيح القانون المدني ، تقنين جميع أحكام الأحوال الشخصية ، وننتهز هذه الفرصة فنختار من كتب فقهاء المسلمين في هذه المسائل ما يكون أكثر اتفاقا مع روح العصر ، دون أن نتقيد بمذهب معين ، فيكون تقنين أحكام الأحوال الشخصية ليس مجرد تقنين ، بل هو اصلاح قانونى شامل ، نحس جميعا أن البلاد متمطشة له . بل هو لا يكون اصلاحا فحسب ، اذ نحب أن تكون الأحكام التى نقننها من الشريعة الاسلامية قابلة للتطبيق على غير المسلمين من المصريين . واذا اقتضى الأمر أن نقنن أحكاما خاصة بغير المسلمين ، أمكن ادماج هذه الأحكام في تقنين الأحوال الشخصية على أن يقتصر تطبيقها على غير المسلمين . وبهذا يخلص لنا تقنين مدنى كامل ، معروف الأحكام ، بئين السبيل .

(١) وقد ألفت حكومة الجزائر ، من مدة طويلة ، لجنة لتبحث في امكان تقنين أحكام الشريعة الاسلامية . فاختلفت الآراء ، وأشار البعض بالتقنين ، وأشار البعض الآخر بعكس ذلك . ولكن الظاهر أن هناك ظروفًا خاصة ببلاد الجزائر ، كان لها أثر كبير في هذا الاختلاف . فبعض القائلين بعدم التقنين كانوا يخشون ، اذا قننت أحكام الشريعة الاسلامية ، أن يتوطد سلطان هذه الأحكام ، ويصعب بعد ذلك منافسة أحكام القانون الفرنسى لها . (أنظر الوثائق التى نشرتها حكومة الجزائر في سنة ١٩٠٦ تحت عنوان : مشروع تقنين الشريعة الاسلامية : الجزائر سنة ١٩٠٦) .

وادماج أحكام الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى لا يعنى حتماً أدماج المحاكم الشرعية والمجالس اللبية والمجالس الحسبية فى المحاكم الأهلية ، وأن كان ذلك مما يرغب فيه كل مصرى يجب اصلاح القضاء فى بلاده . ولكن اذا فرض أن هذا الاصلاح لم يقدر له أن يتم الآن ، فانه من الممكن فصل فكرة توحيد التقنين عن فكرة توحيد المحاكم . واذا أعوزنا أن تكون لنا محكمة واحدة ، فلا أقل من أن يكون لنا قانون واحد . وهذا القانون تطبقه المحاكم المختلفة ، كل محكمة فى دائرة اختصاصها ، فالمحاكم الشرعية والمجالس اللبية تطبق القسم الخاص بالأحوال الشخصية من هذا التقنين الجديد ، والمجالس الحسبية تطبق القسم الخاص بالأهلية وما يتعلق بها ، والمحاكم الأهلية تطبق القسم الخاص بالمعاملات . وتبقى الحال كذلك حتى يحين الوقت الذى تندمج فيه كل هذه الجهات القضائية فى جهة واحدة ، ونرجو أن يكون قريباً .

توحيد التقنين الأهلى والمختلط : وكما نريد تقنيننا كاملاً يشمل الأحوال الشخصية الى جانب المعاملات ، نريده كذلك موحدًا يطبق على جميع سكان مصر ، من مصريين وأجانب . فلا يكون هناك تقنين للمحاكم الأهلية ، وتقنين آخر للمحاكم المختلطة . فان اختلاف القوانين فى المسألة الواحدة ليس من شأنه الا إيجاد الفوضى والاضطراب فى المعاملات ، وقد سبقت الاشارة الى الضرر الذى ينجم عن ذلك ، عند الكلام فى وجوه الخلاف الموجودة بين القانون الأهلى والقانون المختلط . وليس المصريون وحدهم هم الذين يقولون بوجوب توحيد القانون المدنى ، فان فقهاء كباراً من غير المصريين ينعون على التشريع المصرى عدم التوحيد ، واليك ما يقوله الأستاذ ارمانيون فى هذا الصدد : « والناحية أن (القواعد القانونية) ليست واحدة فى القوانين المختلطة والقوانين الأهلية . واذا كانت هذه مأخوذة من تلك فان النقل لم يكن أميناً . وسنرى ، فى كثير من المسائل التفصيلية ، خلافاً بين التشريعين فى المسائل المدنية والتجارية وقواعد المرافعات ومما يزيد الموقف سوءاً أن بعض أحكام الشريعة الاسلامية ، وتطبقها قضاة المحاكم الشرعية ، داخلة فى دائرة الأحوال العينية

فأصبح يوجد بذلك ثلاثة تشريعات مصرية في المعاملات ، دون فائدة أو سبب ظاهر . وهذا عذم اتساق في التشريع غريب ، ليس بالنظري مطلقا ، وسيظهر لنا فيما يلي بعض الأضرار الجسيمة التي تنجم عنه ^(١) . وقد لاحظ الأستاذ ارمانجون ، في المقال الذي وردت فيه هذه العبارة ، أن توحيد القانونين الأهلى والمختلط ، في الوقت الذي كتب فيه هذا المقال ، أمر صعب التحقيق ، اذ يقتضى موافقة الدول ذوات الامتياز على هذا التوحيد ، وعلى كل تعديل يتم بعد ذلك ^(٢) ، ولكن هذه الصعوبة قد زالت الى حد كبير ، اذ يكفى الآن موافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، وتغنى هذه الموافقة عن الحصول على موافقة جميع الدول .

على أن الأمر أكبر خطرا من أن نصطنع فيه هواده أو استرخاء . فهل قدر لنا أن نبقى غير مستقلين فيما يتناول الصميم من سيادتنا الداخلية ، وهو حق التشريع . أليس حق التشريع الشامل لكل سكان البلاد هو من أخص مميزات سيادة الدولة . فكيف نبقى مغلولي الأيدي دون هذا الحق ، وإلى متى نعانى هذا القيد الثقيل ؟ ان كل مصرى سمع شيخ القضاة يدوى صوته في أكبر حفل جمع رجال القضاء والقانون ، وفي حضرة ملك البلاد ، وهو يعلن في عزم وأباء : « ان مصر أصبحت مستحقة للتمتع بما تتمتع به كل أمة من الاستقلال بإدارة العدل في ديارها بين قضاتها أجمعين » ، لم يلبث أن أحس صوت هذا الشيخ الجليل قد مس الوتر الحساس في قلبه ، وأن هذا القول قد غير به ، لا عن أمنية المصريين فحسب ، بل عن رغبتهم الصادقة ، وارادتهم التي لا ينتنون عنها ، في أن يكون لجميع سكان البلاد تشريع واحد ومحاكم واحدة .

على أن توحيد التقنين المدني يمكن النظر فيه منفصلا عن توحيد المحاكم كما أسلفنا . فهما يكن من مصير المحاكم المختلطة ، فان توحيد التقنين المدني في

(١) كتاب العيد الميثيق للقانون المدني الفرنسى جزء ٢ ص ٧٤٠ .

(٢) كتاب العيد الميثيق للقانون المدني الفرنسى جزء ٢ ص ٧٥٦ — ص ٧٥٧ .

المعاملات أمر ضرورى على كل حال ، سواء بقيت هذه المحاكم أو زالت . اذ على فرض بقائها ، والأخذ فى ذلك بمشروعات هرست (Hearst) فى الاصلاح القضائى ، وهى المشروعات التى دارت بشأنها مفاوضات طويلة بين مصر والمجترات ، فلا يشك أحد من المشتغلين بالقانون أن وجود تقنين واحد ، تطبيقه المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية^(١) على السواء ، أمر يقتضيه حسن توزيع العدالة فى البلاد ، ويقضى على الفوضى والاضطراب الذى يسود للمعاملات من جراء اختلاف القوانين . وإذا كنا قد رأينا أنه يمكن ادماج أحكام الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى ، مع بقاء محاكم الأحوال الشخصية منفصلة عن المحاكم الأهلية ، فإنه يمكن من باب أولى أن يتوحد التقنين الخاص بالمعاملات ، مع قيام طائفتين من المحاكم ، كل منهما تطبيقه فى دائرة اختصاصها . وإذا كان الفرنسيون والايطاليون يسعون الى توحيد قوانينهم ، مع اختلاف المحاكم التى تطبيقها ، كما رأينا ذلك عند الكلام فى المشروع الفرنسى الايطالى ، مع أن فرنسا وإيطاليا دولتان مستقلتان احدهما عن الأخرى ، فكيف لا تطلب مصر ، وهى دولة

(١) يسرنا أن نعلم أن لجنة الاحتفال بالميليد الحسى للمعالم الأهلية قد اقترحت تعديل الاسم الفرنسى الذى يطلق على هذه المحاكم . فلا تدعى Tribunaux indigènes ، بل تدعى Tribunaux nationaux .

وحبذا لو ظهر أثر هذا التعديل فى اللغة العربية أيضا . ولا نرى أن تسمى محاكمنا « بالمحاكم الوطنية » ، فهذا اسم لا يختلف كثيرا عن اسم « المحاكم الأهلية » ، أو هو لا يؤدى المعنى المنصود . وخير تسمية نراها هى « المحاكم المصرية » . ولا يعترض على ذلك بأنه توجد فى البلاد محاكم مصرية أخرى ، كالمحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية ، فكل هذه محاكم استثنائية ، اذا قرنت الى محاكم « القانون العام » وجب أن تتخذها اسما خاصا يميزها . أما المحاكم العامة ، فهى وحدها التى تسمى بالمحاكم المصرية ، وإذا أطلق هذا الاسم وجب أن ينصرف اليها دون غيرها . على أن اسم « المحاكم المصرية » رمز فيه تفاؤل بالمستقبل ، فسيأتى اليوم الذى تندمج فيه كل هذه المحاكم الاستثنائية فى « المحاكم المصرية » ، فلا يبقى فى البلاد الا محاكم من نوع واحد ، نكون فى غنى بد ذلك عن وصفها بالمصرية .

واحدة ، أن يكون لها في المسائل الواحدة قانون واحد ^(١) .

فنحن إذن نعتقد أننا نعبر عن رغبة للمصريين جميعا اذا قلنا ان مصر تريد ، عند مراجعة تقنيها المدني ، أن تحصل من هذه المراجعة على تقنين كامل موحد ، يطبق على كل سكان مصر ، مسلمين أو غير مسلمين ، مصريين أو أجانب .

الأسس التي تبنى عليها المراجعة : واذا فرغنا من تقرير ذلك ، تنتقل الى بيان الاسس والمصادر التي يبنى عليها التنقيح المرجو ، من حيث الشكل ومن حيث الموضوع . فبين أولا ما يحسن اتباعه من الاجراءات للقيام بهذا التنقيح ، وعلى أى أسلوب تشريعى يكون . ثم نبين بعد ذلك ما يجب مراعاته عند النظر فى التنقيح موضوعا ، ومن أى المصادر القانونية نستمد ما نريد ادخاله من التعديلات على تشريعنا الحاضر .

أولاً . الأسس التي تبنى عليها التنقيح منه حيث الشكل

١ . استعراض القواعد العامة فى الصياغة التشريعية

صناعة التقنين : التشريع فن له قواعده وأصوله ، فلا يجوز أن نفعل أصول هذا الفن عند القيام بعمل تشريعى خطير كتتقيح التقنين المدنى . وقد كانت الصنعة التشريعية الهاما قبل أن تستقر فنا . وكان كل مشرع ومقن يستلهم قسطا من هذا الفن الخفى يصطنعه فى تشريعه وتقنيته ، ويفعل ذلك دون شعور منه ، شأن كل فن فى مبدأه ، قبل أن ترسم له قواعده ، وتمهد خططه وسبله . ثم بدأ فن التشريع فى العصر الحاضر يقوم على أسس ممهدة وقواعد مرسومة .

(١) ولا يجوز الاعتراض على هذا الزأى بأنه اذا وحد التقنين الاهل المختلط ، وأريد بعد ذلك تعديل هذا التقنين ، وجب الرجوع الى الجمعية التشريعية لهكمة الاستئناف المختلطة ، فان هذه الجمعية يرجع اليها الآن فى كل تشريع يراد سريانه على الايجاب ، فلا فرق إذن بين المهدين . على أنه يجب أن يحصر تدخل الجمعية التشريعية ، فى العهد الجديد ، فى حدود ضيقة جدا ، كما تقرر ذلك فى المفاوضات التى دارت بين مصر والمجترات .

وللأستاذ جنى (Geny) فضل كبير فى تمييز الصياغة عن العلم فى القانون .
فقد بين ذلك بوضوح فى مقال له نشر فى كتاب العيد المئتين للقانون للمدنى
الفرنسى ^(١) ، ثم فى محاضرة ألقاها بمدرسة العلوم الاجتماعية بباريس سنة
١٩١٠ ^(٢) ، ثم فى كتاب له يعد من أجل المؤلفات القانونية وأعظمها خطراً ،
أسماء « العلم والصياغة فى القانون الخاص » ^(٣) .

وأصبح من الثابت أن مهمة القانون الأساسية هى الصياغة الفنية للقواعد
العملية التى تستنبط من علوم الاجتماع المختلفة ، فتوضع هذه القواعد فى قالب
القانونى للملائم . وليس القانون صناعة واحدة ، بل هو صناعات متعددة ، فهناك
صناعة القضاء (technique jurisprudentielle) ، وصناعة الفقه
(technique doctrinaire) ، وصناعة التشريع (technique législative) ،
وصناعة التقنين (technique de la codification) . وهذه الصناعة
الأخيرة هى التى يعنىنا أمرها ، وبهنا أن نتعرف على قواعدها الأساسية ، حتى
نستفيد من ذلك عند تنقيح التقنين المدنى . وقد كتب كثير من الفقهاء
يسطون أصول هذه الصناعة وأوضاعها ^(٤) . ونستعرض هنا فكرة عامة عن

(١) الجزء الثانى من ٩٨٩ — ١٠٣٨ .

(٢) وقد نشرت هذه المحاضرة ، مع محاضرات أخرى لبعض الأساتذة ، فى كتاب
« طرق البحث القانونى » بباريس سنة ١٩١١ من ١٧٣ — ص ١٩٦ .

(٣) Science et Technique en droit privé positif. وهو فى أربعة أجزاء
(بباريس سنة ١٩١٤ — سنة ١٩٢٤) .

(٤) وقد بدأ الفيلسوف الانجيزى يكون (Bacon) والفيلسوف الفرنسى مونتسكيو
Montesquieu يشكلمان فى بعض مسائل هذه الصناعة بشئ من عدم التجديد والدقة . ثم
أتى بنتام (Bentham) فبحث مسائل التقنين بحثاً مفصلاً . وتناول سافيني وأهرنج موضوع
الصناعة فى القانون ، وبحثه الفقيه الثانى فى كتابه « روح القانون الرومانى » بحثاً دقيقاً
(أنظر أيضاً روسيه Rousset فى صياغة التشريعات المقننة فى المجله الانتقادية سنة ١٨٥٦ —
سنة ١٨٥٨) . ومن بحث صناعة التقنين من الفقهاء المعاصرين — عدا جنى (Geny) فى مؤلفاته
المشار إليها — روجان (Roguin) فى مجموعة جامعة لوزان بمناسبة المعرض الوطنى السويسرى =

هذه الأصول ، حتى نستطيع تطبيقها ، لا عن مجرد استلهاهم ، بل عن شعور بها ودراية .

فصناعة التقنين يمكن النظر اليها من ناحيتين : ناحية الاجراءات وناحية المادة التشريعية . والناحية الأولى هي ما يسمونها بالناحية الخارجية (externe côté) ، والناحية الأخرى هي الناحية الداخلية (côté interne) .

الناحية الخارجية من هذه الصناعة : فالناحية الخارجية تعنى بتحديد أفضل السبل التي تتبع في اجراءات التقنين ، وهل تكون الاجراءات التشريعية المعتادة ، أم اجراءات أخرى خاصة بالتقنين تكون أكثر انفاقا مع طبيعة هذا العمل المقعد .

وقد اتفق العلماء الذين عنوا بهذه المسألة على أن الاجراءات التي تتبع في التشريع التفصيلي ليست صالحة للتقنين الشامل . فان ترك الأمر في التقنين الى هيئة سياسية كالبرلمان ليس من شأنه أن يوجد تقنيينا صالحا موافقا لأصول الفن . فان رجال البرلمان رجال سياسيون قبل كل شيء ، وتنقصهم عادة الخبرة اللازمة في عمل فني خطير كالتقنين . هذا الى أن كثرة عديم موجب للبطء في الاجراءات . وقد نظمت لوائحهم الداخلية طبقا لطبيعة المناقشة في المسائل السياسية أو الاجتماعية ، أما المسائل الفنية فلا فسخة في هذه اللوائح لمناقشتها مناقشة جدية مشورة . فيخرج التقنين مفكك الأجزاء ، وقد قال كل عضو فيه كلمته . والتقنين مجموع لا يتجزأ ، يجب أن يسوده الانسجام والتناسق ، فاذا عدل في ناحية كان لهذا أثره في النواحي الأخرى ، وهذا ما يغفل عنه عادة رجال البرلمان ، فيخرج التقنين متناقضا غير متماسك ولا منسجم .

== سنة ١٨٩٦ ص ٧٣ — ص ١٣٤ ، ديموج في كتابه « المبادئ الرئيسية في القانون الخاص » (باريس سنة ١٩١١) وميسكو (Miesco) : « بحث في الصناعة القانونية » (رسالة من باريس سنة ١٩١١) ، وتيسيه (Tissier) : « الصياغة الفنية لقانون الخاص » (المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٢٣) ، وساباتييه (Sabatier) « فن عمل القوانين » (سنة ١٩٢٧) ، وأنجلسكو (Angelesco) : « الصناعة التشريعية في التقنين المدني » (رسالة من باريس سنة ١٩٣٠) .

فيجب اذن أن يكون للتقنين اجراءات خاصة تراعى فيها طبيعة هذا العمل وما يقتضيه من دقة فنية . ويستخلص من تجارب الأمم المختلفة التى قامت بتقنين تشريعاتها فى العصر الأخير أن هذه الاجراءات الخاصة تقوم على أسس ثلاثة : (١) تشكيل لجنة فنية يعهد اليها بوضع مشروع للتقنين ، (٢) تنظيم طريقة منتجة لاستقاء ما يلزم من المعلومات ولأجراء استفتاءات واسعة النطاق ، (٣) ادخال تعديلات جوهرية فى الاجراءات البرلمانية عند نظر البرلمان لمشروع التقنين .

أما اللجنة التى يعهد اليها بوضع مشروع التقنين ، فيجب أن يكون عدد أعضائها محدودا ، حتى يكون عملها متناسقا ، تتمشى فيه روح الوحدة والانسجام . وقد بلغ الأمر ببعض الأمم أن فوضت الى شخص واحد وضع مشروع التقنين ابتداء ، على أن تناقشه بعد تحضيره لجنة عدد أعضائها قليل ، كما فعلت سويسرا فى تقنينها . على أن شخصا واحدا قد ينوء به العمل الموكل اليه ، فالتقنين متشعب معقد ، وهو يقضى كفايات متنوعة ، والشخص الذى يجمع هذه الكفايات كلها نادر الوجود . فالأفضل اذن أن يعهد بالأمر الى لجنة قليلة العدد ، يراعى فى تشكيلها أن تكون متوافرة على عنصرين ، عنصر دائم هو العنصر الفنى ، وعنصر غير دائم هو العنصر العملى . أما العنصر الفنى فيمثل المستغلون بالقانون قضاة وعلماء كالأساتذة والقضاة والمحامين . والعنصر العملى غير الدائم يختار عادة من دوائر الأعمال الممثلة لنشاط البلد الاقتصادى ، يبدون آراءهم فى الأسس الاقتصادية التى يقوم عليها التقنين . ووجود هذا العنصر ضرورى ، حتى يكون التقنين متمشيا مع الروح العملية السائدة . وقد أدركت بعض الأمم ضرورة وجود هذا العنصر بصفة دائمة الى جانب البرلمان . فنص دستور ويمار فى ألمانيا على انشاء مجلس اقتصادى دائم للإمبراطورية . وكذلك فعلت إيطاليا فى نظامها الفاشيستي ، ونحت فرنسا هذا المنحى بانشاء مجلس وطنى اقتصادى . وقد رأينا أن الألمان عندما وضعوا تقنينهم المدنى ضموا الى اللجنة الثانية التى عهد اليها بمراجعة للمشروع الأول ثلاثة عشر عضوا غير دائمين من رجال الاقتصاد والسياسة . ويحسن أن

يندمج في هذه الهيئة غير المائمة أعضاء من رجال البرلمان ، يكونون حلقة اتصال بين البرلمان واللجنة . ثم تنقسم اللجنة الرئيسية الى لجان فرعية ، لكل لجنة تقوم بكتابة النصوص في جزء من أجزاء التقنين . والأفضل أن يكون القائمون بكتابة النصوص القانونية أفرادا قليلين جدا ، حتى تتمشى روح واحدة في مجموع التقنين . وتراجع اللجنة الرئيسية بعد ذلك أعمال اللجان الفرعية حتى تحقق فيها الوحدة والتناسق .

ويجب أن يساعد اللجنة في عملها هيئة منظمة ، تقوم (أولا) باستقاء المعلومات اللازمة وجمعها وترتيبها . فإن اللجنة في حاجة الى كثير من الاحصائيات في المسائل الاجتماعية والاقتصادية الكبرى . وهي في حاجة كذلك الى معرفة حالة القضاء في المسائل التي تعرض لها وتريد أن تستأنس فيها بقضاء المحاكم وما جرى عليه العمل . وهي في حاجة أيضا الى الاحاطة بالتشريعات الأجنبية المختلفة والوثائق المتعلقة بها . وتحتاج ، عدا ذلك ، الى عمل تحقيقات دقيقة في مسائل لا تستطيع البت فيها الا في ضوء هذه التحقيقات . وتقوم هذه الهيئة المنظمة (ثانيا) بإجراء الاستفتاء اللازم للتقنين ، فإن التقنينات الحديثة تقوم على الاستفتاء . ذلك لأن عمل اللجنة الموكل اليها وضع مشروع التقنين لا يمكن أن يكون كاملا من كل الوجوه ، مهما عنت به وحرصت على أن تتقنه ، فإن عدد أعضاء اللجنة محدود ، ويجب أن يكون محدودا كما قد منا . فتبقى هيئات كثيرة لا تمثل لها . وتقصى كثير من الكفايات ، فلا تستطيع الاشتراك في العمل . فيجب إذن دعوة هذه الهيئات والكفايات الى المساهمة في وضع مشروع التقنين من طريق الاستفتاء . وقد قام الفرنسيون في تقنينهم باستفتاء المحاكم في سنة ١٨٠١ ، فشككت هذه لجانا لدرس مشروع التقنين للعروض عليها . وفعلت ايطاليا ذلك ، فمقدت لجانا متعددة من رجال القانون لاستفتاءهم في مشروع تقنينها للدنى في سنة ١٨٦٢ . وعمدت ألمانيا وسويسرا الى طرق واسعة النطاق من الاستفتاء في دوائر رجال القانون ورجال الأعمال ، كان لها أثر كبير في تعديل المشروعات الأولى التي وضعت قبل هذا الاستفتاء ، وقد أسلفنا الاشارة الى

ذلك . فيمكن القول اذن ان الاستفتاء أصبح ركنا من أركان اجراءات التقنين فى العصر الحاضر ..

فاذا حضرت اللجنة مشروع التقنين قائما على أسس صحيحة ، أحيل هذا المشروع على الهيئة التشريعية . وهنا يجب ادخال تعديل جوهرى فى اجراءات هذه الهيئة . فلا تجوز مناقشة نصوص التقنين نصا نصا ، بل يجب اعتبار المشروع وحدة لا تتجزأ ، فلا يدخل فيه شئ من التعديل . أو اذا رأى البرلمان محلا للتعديل ، فان الأمر يعود الى اللجنة ، لتقوم هى بصياغة التعديل المطلوب ، وادخاله فى المشروع ، بحيث لا يخل بتناسقه ووحدته . وهذه الاجراءات الخاصة يمكن الاتفاق عليها مع البرلمان ، كما فعلت ألمانيا عند ما انتقلت مع الأحزاب السياسية على قصر المناقشة على المسائل ذات الصبغة السياسية أو الاجتماعية دون التعرض للمسائل الفنية . وقد فعلت اسبانيا فى سنة ١٨٨٠ فى تقنينها المدنى ما هو أبغ من ذلك ، فقد اقتصر البرلمان على اقرار المبادئ العامة للتقنين وفوض الى لجنة فنية صياغة النصوص وفقا لهذه المبادئ .

الناحية الخارجية من هذه الصناعة : واذا انتقلنا فى صناعة التقنين من الناحية الخارجية الى الناحية الداخلية ، فان هناك كثيرا من المسائل تستحق البحث فى هذه الناحية .

وأول هذه المسائل هو تبويب التقنين . وأول صفة ضرورية فى التبويب هو أن يكون منطقيا متماسكا . والتبويب المنطقى يعين كثيرا على تفهم التقنين والاحاطة به ، ويجعل البحث فيه يسيرا . على أن التقنين يتطلب تبويبا منطقيا غير الترتيب العلمى لكتب الفقه . فمقتضيات التقنين غير مقتضيات النظريات الفقهية . وخير تبويب للتقنين هو ما كان منطقيا عمليا فى وقت واحد . فينقسم التقنين الى أبواب وفصول تبين بنوع خاص الأهمية العملية للأحكام القانونية ، وتخفى ما كان من هذه الأحكام نظريا فقهيا ، بشرط أن ترتبط هذه الأبواب والفصول بعضها البعض الآخر ارتباطا منطقيا محكما . ويحسن أن يكون هناك

باب في التقنين يتقدم كل الأبواب ، ويكون متعلقا بالأحكام العامة التي تتمشى على جميع نواحي القانون ، وليس لما مكان في باب معين ، على ألا يصاغ هذا الباب صياغة فقهية ، بل تتوخى فيه الناحية العملية ^(١) . ويلاحظ أن تبويب التقنين يعتبر جزءا من أحكامه ، فقد توجد نصوص لا تفسر تفسيرا واضحا إلا بعد ملاحظة الباب الذي وردت فيه ^(٢) .

وقد ألفت بعض التقنيات الحديثة ، كالتقنين السويسري ، وضع ملخص للنصوص في هوامشها وتعتبر هذه الملخصات جزءا من التقنين ، يعين على تفهم نصوصه ، ويعطى خلاصة واضحة للمعنى المراد منها ، ويسهل على الباحث العثور على ما يريده من الأحكام القانونية .

ثم هناك الروح العامة التي تسيطر على التقنين . ويمكن القول إجمالا ان التقنين الصالح يمتاز بشيئين : (أولا) تغلب الروح العملية فيه على الروح الفقهية ، فان الغرض من التقنين هو أن يحل الأحكام القانونية في متناول الجميع ، جمهور الناس قبل فقهاءهم . ويجب على الملقن أن يتجنب تمييز أحكامه بذكر الأسباب التي دعت إليها ، أو بإيراد الأدلة على صحتها ، أو بسياق أمثلة توضح هذه الأحكام ، فكل هذا من عمل الفقه لا من عمل التشريع . وإذا كان لا بد أن يذكر شيء من هذا ، فيترك للأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية التي ترفق عادة بالتقنين ، وتبقى منفصلة عنه . وتتغلب الروح العملية

(١) وقد أحسن واضعو التقنين المدني الفرنسي صنما بمخلفهم ما كان قد تضمنه مشروع هذا التقنين في مقدمته من مبادئ نظرية .

(٢) وقد كان من حجج الفقهاء المصريين ، الذين قالوا بأن مبدأ الشريعة الإسلامية ، القاضي بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون ، يطبق في القانون المصري على انتقال ملكية الأموال الموروثة إلى الوراث ، أن المشرع المصري نص على وجوب اتباع قانون الأحوال الشخصية في الميراث في الباب الذي تكلم فيه على أسباب انتقال الملكية ، فتتبع أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث ، من حيث أنه سبب لا انتقال الملكية ، ولا يقتصر الأمر على اتباع هذه الأحكام على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم .

أيضا اذا تجنب المقتن الصيغ الفقهيّة والتعميمات المجردة والنظريات العامة ، فلا يذكر شيئا من ذلك دون مقتضى يسوغه ، ولا يجوز للمقتن مثلا أن يصرح بانضمامه للمذهب السادى أو المذهب الشخصى فى الالتزام ، أو لمذهب الارادة الباطنة أو مذهب الارادة الظاهرة فى المقد ، بل يترك ذلك للفقه يستخلص ضمنا من مجموع النصوص . وتتقلب الروح العملية على الروح الفقهيّة أخيرا اذا تجنب المشرع ايراد التعاريف والتقسيمات ، فيحسن به مثلا أن يتكلم فى الالتزام وفى العقد دون أن يعرف أيا منها ، وأن يورد مصادر الالتزام دون أن يتعرض لتقسيمها وترتيبها ، فحل ذلك هو الفقه . وذكره فى التشريع لا فائدة منه ، بل فيه ضرر كبير ، فإن هذه التعاريف والتقسيمات ، اذا أقرها المشرع فى نصوصه ، تجرد جودا لا يتفق مع تطور النظم القانونيّة ، ويقاسى الفقيه عناء كبيرا من جودها ، ويتفق جهدا عظيما فى الحيلة والتلطف حتى يتخلص من هذا الجود . يجب أن يتجنب المشرع كل هذا ، فإن مهمته هى أن يضع قواعد عملية ، لا أن يسطر نظريات فقهيّة . وقد قيل : « ان القانون وضع ليأمر ، ولم يوضع ليعلم ، وهو فى غير حاجة للاقناع » ^(١) . — والشىء الثانى الذى يمتاز به التقنين الصالح هو ألا يحاول الاحاطة بكل شىء ، فإن هذه المحاولة عقبيّة . ولا يستطيع المقتن ، مهما كان بصيرا بالأمر ، أن يتنبأ بكل أمر ليضع له الحكم الذى يقضيه ، فهو عاجز عن ذلك لا محالة . بل هو عاجز ، فى الأمور التى يعرفها ، أن يضع لها أحكاما صالحة لكل زمان ومكان . والمشرع الحكيم هو الذى يترك مجالا فسيحا لتطور القانون ، فلا يحكم عليه بالجود بحبسه فى ألفاظ محدودة وأحكام معينة . وخير طريق يسلكه هو أن يترك المسائل التفصيليّة لاجتهاد الفقهاء ولتقدير القضاء . بل يجب أيضا أن يترك كثيرا من المسائل الرئيسيّة ، دون أن يتخذ فيها موقفا خاصا ، ما دامت من المسائل التى لم يستقر تطورها ، وما دامت

La loi commande ; elle n'est pas faite pour instruire ; elle (١)
n'a pas besoin de convaincre.

الحاجة العملية لا تدعو إلى أن يعرض لها بشيء . والمشرع الحكيم هو من يجعل عبارته مرنة يتغير تفسيرها بتغير الظروف ، دون أن يذهب في ذلك إلى حد الغموض وعدم الدقة . وخير وسيلة للجمع بين الدقة والمرونة هي أن يعدل المشرع ، في المسائل التي تكون سريعة التطور ، عن القواعد الجامدة الضيقة إلى المعايير المرنة الواسعة : معايير يسترشد بها القاضي دون أن يتقيد ، ويطبقها على الأقضية التي تعرض له ، فيصّل من ذلك إلى حلول تختلف باختلاف كل قضية ، وما يحيطها من ملابسات . وخير مثل لتقنين لم يحاول أن يحيط بكل شيء هو التقنين السويسري ، فقد أكثر من استعمال المعايير المرنة ، وترك مجالا واسعا للفقه والقضاء بفسر القانون بما تقتضيه الظروف .

وهناك أيضا أسلوب التقنين . وخير أسلوب هو الذي يتجنب التكرار ويتنزه عن التناقض . ومع ذلك يجوز أن تتكرر القاعدة القانونية في مواضع مختلفة من التقنين ، بشرط أن يكون تكرارها مفيدا ، ولعلة مفومة . كما إذا قرر المشرع قاعدة عامة ، ثم عرض إلى تطبيقها في حالة خاصة . فقد يكون هذا التطبيق التشريعي مفيدا بل ضروريا ، إذ قد يختلف الناس في تطبيق هذه القاعدة ، فيحسم التطبيق التشريعي كل خلاف . والنصوص التي يوردها المشرع ضروب مختلفة . منها النصوص الآمرة ، وهذه يجب أن تكون في أسلوب جازم قاطع . ومنها النصوص المفسرة ، والنصوص المبيحة ، وهذه يكون أسلوبها مرنا رخوا يتفق مع الغرض الذي وضعت من أجله . وقد بلغ الأمر ، في وجوب التمييز في الأسلوب بين هذه الأنواع المختلفة من النصوص ، أن طلب « مجلس الدولة » ، عند وضع التقنين الفرنسي ، أن يكون أسلوب النصوص الآمرة بصيغة المستقبل ، وأسلوب النصوص المبيحة والمفسرة بصيغة الحاضر . ثم إن للمشرع أساليب خاصة في استعمال القرائن القانونية والفروض ونحوها ، مما يمين كثيرا على حل المسائل المعقدة ، ويعطى الأحكام القانونية شيئا من الثبات والاستقرار . ويختلف أسلوب التقنين أيضا طبقا لما إذا أكثر المشرع أو أقل في الاحالة . من نص إلى نص . وقد تكون هذه الاحالة ضرورية في بعض المواضع . ولكن الاكثار من

الاحالة يجعل القانون غامضا مقصدا . مثل ذلك التقنين الألمانى ، أكثر المشرع الاحالة فيه من نص الى آخر ، ثم من هذا النص الثانى الى نص ثالث ، حتى أصبح لغزا يقتضى كثيرا من الجهد لخله . هذا الى أن الاحالة قد تكون ناقصة ، فقد لا يستوعب المشرع كل النصوص التى يجب الاحالة اليها . أما المشرع السويسرى فقد قلل من الاحالة بقدر المستطاع ، فاذا ما اضطر اليها أشار الى النص الذى يريد الاحالة اليه ، لا برقم للمادة التى تحتوى هذا النص ، بل بذكر ملخص النص فى عبارة واضحة . وهذا مثل طيب يحتذى فى التقنين .

وهناك أخيرا لغة التقنين . وهذه يجب أن تكون واضحة دقيقة . فاللغة المعقدة تجعل القانون مغلقا ، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهما . وقد امتاز التقنين الألمانى بدقة لفظه فى غير وضوح . وامتاز التقنين الفرنسى بوضوحه فى غير دقة . والتقنين الذى يجمع بين الدقة والوضوح هو التقنين السويسرى ، وكذلك المشروع الفرنسى الايطالى . ويجب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به ، يكون كل لفظ فيها موزونا محدد المعنى . وقد درج الانجليز فى تشريعاتهم على ايراد تعريف للألفاظ التى ترد فى التشريع ، لتحديد معناها . ولا يجوز أن يتغير معنى اللفظ الواحد باستعماله فى عبارات مختلفة كما أنه اذا عبر عن معنى بلفظ معين ، وجب ألا يتغير هذا اللفظ ، اذا أريد التمييز عن هذا المعنى مرة أخرى . ولا يتنافى أن تكون لغة التقنين فنية مع أن تكون بسيطة تنزل الى مستوى فهم الجمهور .

ب . ما يتبع من الاجراءات فى تنقيح التقنين المصرى

مقررات عملية فى هذا الموضوع : الآن وقد استعرضنا المبادئ الرئيسية فى صناعة التقنين ، نتولى تطبيق هذه المبادئ على حالتنا الخاصة عند تنقيح التقنين للمصرى . ونحن نذكر هنا بعض مقترحات عملية ، يصح أن تكون أساسا للاجراءات التى يجب اتخاذها فى هذا التنقيح . واذا كنا قد انسقنا الى ذكر شىء من ذلك ، فلرغبنا فى أن يؤدي بحثنا الغرض العملى الذى قصدنا اليه .

ونحصر مقترحاتنا في النقاط الآتية :

(١) نرى أن يوكل تنقيح تقنيينا الى لجنة خاصة ، تؤلف من عدد لا يزيد على العشرين من الرجال الفنيين ، ينتخبون من بين القضاة والمحامين والأساتذة ورجال أقلام القضايا وغيرهم من المشتغلين بالقانون . ويكون من بينهم عدد من قضاة المحاكم المختلطة ورجال القانون الأجانب ، وكذلك بعض رجال الشريعة الاسلامية من قضاة وقهاء ، وبعض رجال الطوائف المصرية غير الاسلامية . وقد راعينا في تشكيل اللجنة على هذا النحو أننا نريد تقنيينا كاملا في الأحوال الشخصية والمعاملات ، موحدا يطبق على المصريين والأجانب .

والى جانب هؤلاء الأعضاء الدائمين ، يعين أعضاء غير دائمين ، يعملون عند الحاجة اليهم ، ويتنخبون من دوائر الأعمال المختلفة ، ويمثلون الزراعة والتجارة والصناعة والمال ويختلف نواحى النشاط الاقتصادى ، ويضم اليهم عدد من الشيوخ والنواب .

(٢) تبدأ هذه اللجنة عملها بوضع الأسس العامة للتقنين الجديد . فترسم المبادئ الاقتصادية والاجتماعية التى تبني عليها عملها . فتقرر مثلا على أى أساس تقوم الملكية ، والقيود التى تحددها ، وكيف تحمى الملكية المعنوية ، والوسائل التى تتخذ لجعل نظام الوقف أكثر مرونة مما هو عليه الآن ، والأسس التى يقوم عليها التشريع الخاص بالعمل والمسئولية التقصيرية والعقود ، وطرق اشهار الحقوق العينية ، ثم نظام تعدد الزوجات ، والطلاق ، والعدة ، وثبوت النسب ، وغير ذلك .

وتقرض هذه الأسس للاستفتاء العام على دوائر الأعمال المصرية والأجنبية ، وعلى الهيئات العلمية والاجتماعية المختلفة . وتنظم الاستفتاء سكرتارية تقوم أيضا باستقاء المعلومات وجمع الوثائق وعمل التحقيقات اللازمة . ويتبع فى تنظيم الاستفتاء طرق منتجة حتى يكون مجديا ، كأن تشكل الهيئات التى تستفتى لجانا تكلف بدراسة ما تستفتى فيه وتقديم تقارير بنتيجة هذه الدراسة ، وكأن تلجأ اللجنة الى المجالات العلمية والصحف تستشير فيها اهتمام الجمهور .

ثم تعود اللجنة الى مراجعة ما وضعته من الأسس فى ضوء نتائج الاستفتاء العام .

(٣) تحول هذه الأسس الى البرلمان ، لمناقشتها وإقرارها .

(٤) تعود اللجنة ، بأعضائها الفنين الدائمين دون غيرهم ، الى العمل .
فتنشئ مكتبا فنيا من ثلاثة أعضاء ، يقوم بوضع مشروع لتبويب مفصل للتقنين ، يراعى فيه ما تقدم بسطه عند الكلام على التبويب الصالح^(١) ،
ويعرض هذا المشروع على اللجنة العامة لمناقشته وإقراره .

(٥) تنقسم اللجنة العامة بعد ذلك الى لجنتين رئيسيتين ، أحدهما تتولى

(١) سبق أن اتفقنا تبويب التقنين المصرى . وقد حملنا عيوبه الكثيرة على أن نشير بالمسودد عنه . لا سيما أننا نزيد تقنيننا الجديد تقنينا كاملا يشمل كل موضوعات القانون المدنى ، من أحوال شخصية ومعاملات . وقد استعرضنا فيما تقدم تبويب التقنينات الحديثة . ومن السهل أن نستخلص منها لتقنيننا الجديد تبويبا منطقيا عمليا ، نكتفى ببسط أساسه فيما يأتى :

يكون للتقنين قسم عام ، يعتبر مقدمة له . تبسط فيه أحكام عامة تتعلق بتطبيق القانون بالنسبة لزمان والمكان وللأشخاص . وبالقواعد العامة فى تفسير القانون واستماتة التقاضى ببادئ المدالة فى ذلك ، وبنظرية سوء استعمال الحق ، وبعدم جواز التحايل على القانون (قارن المادة ٥ من المشروع البولونى) .

ثم ينقسم التقنين بعد ذلك الى أقسام ثلاثة : قسم لقانون الأسرة ، وآخر لقانون المعاملات ، وثالث لاثبات الوقائع القانونية وطرق الاشهار (وقد جعلنا طرق الاثبات والاشهار قسما مستقلا ، لأنها تتناول الحقوق الشخصية والحقوق العينية ، وتشمل المعاملات والأحوال الشخصية) .

أما قانون الأسرة فيشتمل على كتب ثلاثة : فى الأشخاص (الطبيعية والمنوية أو الجميات والمنشآت) والروابط الشخصية للأسرة (الزواج والنسب) وروابطها المالية (الميراث والهبة والوصية والوقف) .

وقانون المعاملات يتضمن كتابا أربعة : الأموال وأنواعها المختلفة ، والحقوق العينية ، ونظرية الالتزامات والمقود المعينة ، والتأمينات .

ويشمل القسم الثالث كتابين ، أولهما فى طرق اثبات الوقائع المادية والأعمال القانونية ، والثانى فى طرق الاشهار .

كتابة النصوص المتعلقة بأحكام الأحوال الشخصية ، ويراعى فى تشكيلها أن تكون أغلبية أعضائها من رجال الشريعة الإسلامية ورجال الطوائف غير الإسلامية . والثانية تتولى كتابة النصوص المتعلقة بالأحكام الأخرى ، ويراعى فى تشكيلها أن يمثل فيها العنصر الأجنبي تمثيلا كافيا .

وتشكل كل لجنة رئيسية من بين أعضائها لجانا فرعية يوزع بينها العمل . بحيث يكون فى كل لجنة عضو تتوافر فيه الكفاية اللازمة لكتابة النصوص التشريعية . ويراعى فى كتابتها أصول صناعة التقنين ، ويستهدى فى عمله بالأسس العامة التى سبق إقرارها من البرلمان ، ويستمد الأحكام من المصادر التى سنشئ إليها فيما يلى . ثم تجتمع كل لجنة رئيسية لمناقشة هذه النصوص وإقرارها .

وتحول بعد ذلك نصوص المشروع كاملة الى المكتب الفنى الذى أعد تبويب التقنين ، ليحقق الوحدة والتناسق بين أجزائه موضوعا وشكلا ومن حيث الأسلوب واللغة . ويعد تقريراً رئيسياً عن المشروع يكون أساساً للأعمال التحضيرية .

ويعرض المشروع بعد ذلك للاستفتاء العام ، على النحو الذى سبق فى الاستفتاء الأول . ثم تراجع اللجنة العامة مراجعة نهائية فى ضوء هذا الاستفتاء الجديد .

(٦) يحول المشروع بعد ذلك الى البرلمان . وتقتصر المناقشة على المسائل العامة فى المشروع دون تعرض للتفصيلات . ويؤخذ الرأى على المشروع جملة واحدة . وإذا رأى أحد المجلسين ضرورة ادخال أى تعديل ، أحيل الأمر على اللجنة لتقوم بذلك . وما يجدر ذكره أن إقرار البرلمان للمشروع يصبح أمراً سهلاً ، بعد أن تمت موافقته على الأسس العامة التى بنى عليها فى المرحلة الأولى من هذه الاجراءات .

(٧) يجمع فى كتاب : (١) محاضر جلسات اللجنة العامة واللجنتين الرئيسيتين واللجان الفرعية والمكتب الفنى ، (ب) تفاصيل الاستفتاءين اللذين

أجريا ، (ج) التقرير الرئيسى الذى وضعه المكتب الفنى ، (د) محاضر مجلس الشيوخ والنواب فى مناقشته الأولى للأسس العامة وفى مناقشته الثانية للمشروع الكامل .

ويسكون كل هذا هو مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين .

(٨) يكون وضع مشروع التقنين باللغة العربية . وبعد أن يصبح قانونا يترجم الى اللغة الفرنسية ترجمة دقيقة . وترجم الأعمال التحضيرية كذلك . وبذلك تكون اللغة العربية هى اللغة الأصلية والرسمية للتقنين .

ثانيا : المصادر التى يستمد منها التنقيح من حيث الموضوع

بيانه هذه المصادر : أما من حيث الموضوع فقرى أن يكون التقنين مستمدا من مصادر ثلاثة : تجاربنا الخاصة ، وتجارب غيرنا من الأمم ، وتقاليدينا الماضية فى القانون . فتستهدى اللجنة التى يوكل اليها أمر التنقيح (أولا) بالقضاء المصرى فى مدى نصف قرن ، فهو المرشد العملى للمشرع . (ثانيا) بالتقنينات الحديثة ، وما يمكن أن يستخلص من دروسها النافعة . (ثالثا) بالشريعة الاسلامية ، وكانت شريعة البلد قبل دخول التشريع الحاضر ، ولا تزال شريعته فى نواح مختلفة . وقد اقتبس التقنين المصرى الحالى شيئا من أحكامها ، ولا يزال يستطيع أن يقتبس منها الشيء الكثير .

١ . القضاء المصرى

أهمية القضاء المصرى : القضاء هو الذى يطبق نصوص التقنين كل يوم فيصلح بهذا التطبيق كثيرا من عيوبها . يكمل الناقص ، ويوضح المبهم ، ويحدد قيمة كل نص عند تطبيقه العملى . ومهما كان المشرع حازما حكيما دقيقا فى عمله ، فان بعض نصوصه التشريعية لا تعدو أن تكون مغرقة فى التوسع أو قاصرة فى الضيق . وهى لا تستقر ، وتصبح ملاءمة للروابط التى وضعت لتنظيمها الا .

بال تطبيق . فهي ، كما يقول الأستاذ فان اكر (Van Ackers) في محاضرة قيمة^(١) ، كاللباس الجاهز ، لا يتناسب مع الجسم الا بطول الاستعمال .

وقد كانت مهمة قضائنا المصري ، بنوع خاص ، شاقة عسيرة . اذ كان مطلوباً منه أن « يمسر » قانوناً أجنبياً أدخل في البلاد بين يوم وليلة^(٢) . فقام بعمله في كثير من الباقية والمهارة . لذلك نستطيع أن نستخلص من هذا القضاء ، عند مراجعة تقنيننا ، كثيراً من الدروس النافعة ، لا يجوز أن تغفل عنها . فهي مستمدة من تجاربنا الخاصة ومن حياتنا اليومية . فنحن واثقون اذن أنها تتلاءم مع ظروفنا ، وتمشى مع حالتنا^(٣) .

ومن المفيد أن نورد هنا أمثلة تبين كيف نستطيع أن نستفيد من قضائنا . فهناك موضوعات مقتضية أكملها القضاء ، كالملكية في الشيوع وحقوق الارتفاق والاشتراط لمصلحة الغير والتأمين والشخصيات المعنوية . ويقرب من هذا

(١) أنظر مجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٢٨٥ . وبين الأستاذ في هذا المقال أهمية رجوع المشرع الى أحكام القضاء في التتبع التشريعي (أنظر بنوع خاص ص ٢٩٣ — ص ٢٩٤ و ص ٢٩٦) . أنظر أيضاً في نفس الموضوع مقالا للاستاذ مسينا في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٣٨١ — ٣٨٣ .

(٢) على أنه يمكن القول ان التشريع الفرنسي لم يدخل في البلاد طرفة واحدة ، كما يظهر ذلك لأول وهلة . فقد كان القانون التجاري الفرنسي يطبق في مصر قبل صدور التقنينات الحاضرة ، كما سبق الإشارة الى ذلك . هذا الى أنه بمقتضى الامتيازات الأجنبية ، كانت التفصيليات تطبق قوانينها ومنها القانون الفرنسي وقوانين كثيرة أخرى مأخوذة منه (أنظر في هذا الموضوع مسينا في شرح القانون المدني المختلط جزء ١ بند ٧ وما بعدها) .

(٣) ومن المفيد أيضاً أن نرجع الى التوثيق القانونية ، وما جرت عليه الناس في معاملاتهم ، وما اعتادوه من الوسائل لتنفيذ أحكام القانون ، بل وللهرب من هذه الأحكام في بعض الأحيان . فتعايل الناس على حكم قانوني (Cautèle) ومضيه في ذلك دليل على فساد هذا الحكم ، فأول بالمشرع أداة النظر فيه عند تنقيح تشريعه .

ولا شك أن هناك كثيراً من الدروس النافعة يمكن استخلاصها من الوثائق وعقود التامين وعقود الشركات المختلفة وعقود الائجار وغير ذلك مما جرى به العمل واستقر عليه العرف .

موضوعات تقسمتها الشريعة الاسلامية والتقنين المدني ، فزجها القضاء معا وأخرج منها نظاما متناسقا عمليا ، كالوقف والميراث والوصية والهبة . وهناك أحكام جديدة ابتكرها القضاء ، كالشرط الجزائي والوصية في صورة البيع وأهلية المحجور عليه قبل الحجر والمسئولية عن الأشياء والملكية الفنية والأدبية والصناعية .

أمدنا القضاء في كل هذا بأحكام جديدة بالبحث والتحصيل ، لندمج منها الصالح في تقنيننا الجديد .

وها نحن نذكر بعضا من هذه الأحكام ، ولا نقصد بذلك دراسة القضاء المصري ، فهذا خارج عن نطاق بحثنا . وإنما نورد بعض الأمثلة لتدل بها على أهمية الرجوع الى القضاء في تنقيح التقنين .

الملكية الشائعة : لا يكاد الباحث يجد نصا تشريعا في هذا النوع من الملكية ، مع أهميته وانتشاره في مصر . والنصوص القليلة المتصلة بهذا الموضوع يجب أن نلتصقها في أماكن ليست مظنة لوجودها فيها . نجد في الفصل الخاص بالقسمة ، وقد أدمج في باب الشركات ، بعض النصوص المتعلقة بقسمة المال الشائع . ثم نجد في قانون المرافعات نصا يقضى بعدم جواز الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٦٢١/٧١١ مرافعات) ، وهذا النص قد وضع في مكان من القانون لا يتطرق الى ذهن أن يبحث عنه فيه ، حتى ليحار الباحث من هذا الخلط في تبويب الأحكام .

ولكن القضاء المصري تكفل بتفصيل أحكام الملكية الشائعة . ويصح أن نتخذ المبادئ التي قررها في هذا الشأن مرشدا للشرع عند تنقيحه للتقنين . فمن هذه المبادئ حق الشريك في أن يتصرف في نصيبه الشائع بجميع أنواع التصرفات من بيع ورهن وغير ذلك ^(١) ، بشرط أن يقع تصرفه على نصيبه

(١) استثنائا مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٦٢٠ ص ٢٦ .

الشائع^(١)، وحقه في أجراء الأعمال النافعة في الملك الشائع بطريق الوكالة الضمنية أو الفضالة^(٢)، وعدم جواز تصرفه في جزء مفروز، الا اذا أجازت بقية الشركاء، أو وقع هذا الجزء المفروز في نصيب المتصرف^(٣)، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالرهن^(٤)، وقرر القضاء أن الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات لا يكون باطلا، بل تنقص المدة الى خمس^(٥)، وبين القضاء الأهلي، ومعه القضاء المختلط، أن القسمة مقررة لا منشئة^(٦)، وهذا بالرغم من وجود نص صريح في التقنين المختلط يقضى بأن القسمة منشئة (م ٥٥٥ قانون مدني مختلط). ووضع القضاء أحكاما لقسمة المايأة^(٧). وله أحكام كثيرة في الملكية الشائعة، نجتزئ منها بما تقدم.

مقوق الارثفاق: وهذه حقوق أهميتها في مصر لا تخفى. فالملكية

(١) بور سعيد الجزئية الاهلية في أول أكتوبر سنة ١٩١٩ مجموعة ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠.

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١.

(٣) استئناف أهلي ٥ يناير سنة ١٨٩٩ مجموعة ١ ص ٤ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ الصرائح السنة الاولى رقم ٤٨ ص ٢٤٩ — محكمة الاسكندرية الكلية الاهلية في ١٦ مارس سنة ١٩٠٥ مجموعة ٦ رقم ١٠٣ ص ٢٢١ بور سعيد الاهلية الجزئية في أول أكتوبر سنة ١٩١٦ مجموعة ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠ — استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٣١٢ — ١٢ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٧ ص ٧٤ — ٢٠ يونيو سنة ١٩١٢ م ١٤ ص ٤١٧ — ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ ص ٩٣ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ ص ٩٤.

(٤) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ١٧ ص ١٢٤ — ٤ مايو سنة ١٩١٥ م ١٧ ص ٣١٢ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٣٠٠.

(٥) كفر الزيات الاهلية الجزئية ١٥ أبريل سنة ١٩١٨ مجموعة ١٩ ص ١٣٦.

(٦) أسبوط الاهلية الكلية ١١ مارس سنة ١٩١٤ مجموعة ١٥ ص ٢٢٣. استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ — ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩.

(٧) استئناف أهلي ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ حقوق ٦ ص ١٧٥ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ مجموعة ١١ ص ٢٤٣.

العقارية لا تزال أهم أنواع الثروة المصرية . وقد قرر القضاء أحكاما في هذا الموضوع على جانب كبير من الأهمية .

من ذلك ما قرره محكمة الاستئناف الأهلية من أنه يجوز الأذن لمالك العلو ، اذا تهدم السفل ، في إعادة بنائه على نفقة مالكه . فكلت بذلك حكم المادة ٣٧ من القانون المدني الأهلي الذي يقتصر على القضاء ببيع السفل . وقد طبقت محكمة الاستئناف في حكمها هذا المادة ١١٧ من القانون المدني التي تجيز للدائن أن ينفذ التزام المدين تنفيذًا عينيا على نفقة هذا المدين ^(١) .

كذلك قضت بعض المحاكم بأن الحائط الفاصل بين عقارين متجاورين يحكم في ملكيته بقواعد العدل وعادات البلد وحكم العقل ، وكل هذه تقضى بأنه عند عدم وجود دليل على العكس يكون هذا الحائط ملكيته مشتركة بين المالكين للعقارين المتجاورين ، لأنه على فرض أن أحد المالكين بناء من ماله الخاص فهو لا يسمح لجاره أن ينتفع به دون أن يدفع له نصف قيمة مصاريفه ^(٢) .

وحدد القضاء كذلك ما هو المقصود بالطل الذي يجب أن تراعى فيه حدود المسافة القانونية ^(٣) . وميز بين المطات والمناور ^(٤) . وقضى أن كسب مطل على مسافة ممنوعة بمضى المدة لا يمنع صاحب العقار المرتفق به من أن يبني

(١) استئناف أهلى في ٦ مارس سنة ١٩١٩ مجموعة ٢١ ص ١٥ . أنظر عكس ذلك مصر الكلية الأهلية ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ عمادة ١٣ ص ٣٠٥ .

(٢) السطة الأهلية الجزئية في ٣١ يناير سنة ١٩٠٦ حقوق ٢١ ص ٧٦ .

(٣) عابدين الجزئية في ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٢ حقوق ١٨ ص ٣٧ — محكمة مصر الأهلية الكلية في ٢٣ يوليو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٣٢٨ .

(٤) استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٦٠ — الموسى الجزئية أول أبريل سنة ١٩٠٣ مجموعة ٤ ص ٢١٧ — رشيد الجزئية ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ مجموعة ١٢ ص ٢٧٠ — الجيزة الجزئية ١٦ أبريل سنة ١٩٢٩ عمادة ١٠ ص ٧٧٨ .

على حدود ملكه ، حتى لو أدى الحال الى سد المطل ^(١) .

كذلك نرى بعض المحاكم الأهلية ابتكرت حكما خاصا بتملك حق المرور بالتقادم . واستقلت في ذلك عن القضاء الفرنسى والقضاء المختلط . اذ أن هذين يقضيان بأن حق المرور غير مستمر (وللاستمرار هنا معنى خاص غير منطقي اتبعت فيه التقاليد وقضى به نص القانون الفرنسى (م ٦٨٨ فرنسى) دون أن يكون لهذا النص مقابل في التقنين المصرى) . لذلك لا يجوز عندهما تملك هذا الحق بالتقادم . أما المحاكم الأهلية التى نشير اليها ، فقد رجعت الى حكم المنطق وقضت بأن حق المرور قد يكون مستمرا ، ويجوز تملكه بالتقادم ^(٢) . ونحن نؤثر هذا رأى الأخير ، وننصح المشرع باتباعه عند تنقيح التقنين .

وقد أخذ القضاء المصرى بحق الارتفاق الذى يقرره رب الأسرة دون نص فى القانون على ذلك ، اذ أن أساس هذا الحق هو الرضاء الضمنى ، فهو متفق مع

(١) استئناف أهلى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ بمجموعة ١٢ ص ٦٩ — الاسكندرية الأهلية الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ القضاء ٣ ص ٥٤ — مصر الأهلية الكلية ٤ أكتوبر سنة ١٩٢٦ بمجموعة ٢٨ ص ٢٢٧ — استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٦ — ١٨ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٨ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٧ ص ١٩ — انظر عكس ذلك للنصورة الأهلية الجزئية ٢ يناير سنة ١٩٢٦ محاماة ٦ ص ٧٣٦ — اسكندرية الأهلية الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٨ بمجموعة ٢٩ ص ٢٧٩ .

(٢) طنطا الجزئية ١١ سبتمبر سنة ١٩١٥ الضرائع ٤ ص ١٢٢ — كفر الشيخ ١٠ سبتمبر سنة ١٩١٨ الضرائع ٦ ص ٦١ — الاسكندرية الأهلية الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٩ بمجموعة ٢٢ ص ٥٣ — الأقصر ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٠ بمجموعة ٢٢ ص ٧٦ — طنطا الجزئية ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٠ بمجموعة ٢٣ ص ١٤٥ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٧ محاماة ٨ ص ٢٢٨ . أنظر عكس ذلك منيا القمح ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ حقوق ١٩ م ٢٠٥ — طنطا الاستئنافية ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ بمجموعة ٧ ص ٨٦ — منيا القمح ٢٩ مارس سنة ١٩١٦ بمجموعة ١٧ ص ١٧٥ — استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٠ — ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٩ — ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ — ٣٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٣ — ٩ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ .

القواعد العامة . فأكل القضاء بذلك نقضا فى النصوص التشريعية (١) .

وواجه القضاء مشكلة عملية خطيرة ، هى تحديد طبيعة القيود التى تشترط فى البناء على الأرض الفضاء ، مساحة وارتفاعا وأبعادا ، قضى بأن مثل هذه القيود تعتبر حقوق ارتفاق عينية (٢)

الاشتراط لمصلحة الغير وعقود التأمين : قدمنا أن التقنين المصرى لا يحوى الانصا واحدا فى الاشتراط لمصلحة الغير ، وهو نص مغرق فى الغموض ، مع أن هذا النظام القانونى قد تقدم خطوات واسعة فى الحياة العملية ، منذ انتشرت عقود التأمين ، وهى من أهم تطبيقاته . ويجب أن يفسح التقنين الجديدة صورة لنصوص صريحة فى هذا الموضوع ، كما يجب أن يخصص مكانا لعقد التأمين بين العقود المعينة .

وتمكن الاستفادة من المبادئ التى قررها القضاء المصرى فى هذا الشأن . فهو قد طبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، ليس فى عقود التأمين فحسب ، بل فى فروض أخرى تسترعى النظر . من ذلك ما قصت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن اشتراط البائع لعقار مرهون على المشتري أن يدفع الدين للدائن المرتهن هو اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر فى ذمة المشتري (٣) . كذلك اتفاق البائع مع الجار الشفيع على أن يتنازل هذا الأخير عن حقه فى الشفعة يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير ، وللمشتري أن يتمسك بهذا الاتفاق قبل

(١) استئناف أهلى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٧٠٤ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة ٣٣ ص ١٢٤ — استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ .

(٢) محكمة النقض فى ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ محاماة ١٣ ص ٩٨٧ — استئناف أهلى ٨ مايو سنة ١٩٢٨ مجموعة ٢٩ ص ٢٣٠ وأحكام أخرى كثيرة .

(٣) استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ — ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٧ .

الشفيع^(١). وقد طبق القضاء النظرية أيضا في عقود الاحتكار، وما يلتزم به المحتكر نحو المستهلك^(٢). وطبقها في القيود التي تشترطها شركات الأراضى على المشترين من حيث البناء، والتي قدمنا أن القضاء يرى فيها حقوق ارتفاق.

وسار القضاء شوطا بعيدا في تقرير المبادئ العامة في الاشتراط لمصلحة الغير. فقرر أن للمنتفع حقا مباشرا في ذمة المتعهد يستمد من العقد. وطبق ذلك بنوع خاص في عقود التأمين، فأعطى الورثة المؤمن لمصلحتهم حقا مباشرا في ذمة شركة التأمين، لا يأخذونه من التركة، حتى لا يدخل في ضمان دائنى للورث^(٣). وقرر أن رضا المنتفع ضرورى لتثبيت ذلك الحق^(٤)، وأن للمشترط أن ينقض الحق قبل صدور هذا الرضا^(٥).

ويطول بنا المقام لو حاولنا احصاء أحكام القضاء المصرى في هذا الموضوع الخطير. فنكتفى هنا بما قدمناه. ونكرر أن المشرع المصرى يجد مادة خصبة في القضاء عند ما يريد تقنين الأحكام المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير وبقود التأمين.

الوقف والحكر: لم يتعرض المشرع المصرى لهذا الموضوع الهام الا في نصوص قليلة جدا (م ٢٢/٧ وم ٣٤/١٧ وم ٣٧/١٨ وم ٧٧/٥٤ وم)، مع

(١) استئناف مختلط في أول ابريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥.

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٤٦ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ١٦٥.

(٣) استئناف مختلط في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٧ — ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ — للنيا الأهلية الكلية في ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ٤٦٠ — طنطا الأهلية الكلية في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ١٤٠.

(٤) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١ — ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ — ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١.

(٥) استئناف مختلط في ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٣ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨.

أن جزءا كبيرا من العقارات المصرية موقوفة ، وقضايا الوقف والحكر تعرض كل يوم على المحاكم . فإذا أراد المشرع المصرى تقنين الأحكام المتعلقة بالوقف والحكر ، فإنه لا يكتفى فى ذلك أن يتخذ الشريعة الاسلامية مصدرة فى هذا التقنين ، وإن كانت هى المصدر الأساسى فى هذا الموضوع ، بل يجب أيضا أن يستعرض أحكام القضاء من أهلى وشرعى ومختلط ، ويسترشد بها فى تقنينه .

فقد أصدر القضاء المصرى أحكاما بالغة فى السكثرة ، يقرر بها نظم الوقف ، من حيث حقوق المستحقين ، وثبوت الشخصية المعنوية للوقف ، وما لدائنى المستحقين من حق على ريع الوقف ، وكيفية ادارة الأعيان الموقوفة ، وما يجوز لناظر الوقف من التصرفات وما لا يجوز له ، وحكم اجارة الوقف ، ووضع اليد عليه ، وتملكه بالتقادم ، واقتضاء حق المستحق بالتقادم ، وغير ذلك من النواحي المتشعبة ، مما لا يتسع له نطاق هذا البحث .

كذلك صدرت أحكام كثيرة متعلقة بالحكر وشروطه وأحكامه وأنواعه المختلفة ، مما يصلح أن يكون مرشدا للمشرع عند تقنين الأحكام فى هذا الموضوع .

الميراث والوصية والرهبة : هذه موضوعات توزعت بين الشريعة الاسلامية والتقنين المدنى ، فأصبحت حائرة قلقلة بين النظامين . ولم يعن الفقه المصرى بها عناية كافية . أما القضاء ، وهو يواجه كل يوم كثيرا من مشاكلها ، ويعانى مسائلها المعقدة ، فإلث أن صاغ أحكامها ورتبها ، ونحا فى ذلك منحى عمليا ، موقفا بين قواعد الشريعة الاسلامية ومبادئ القانون المدنى . ويستفيد مشرعنا ، كثيرا ، عند تقنين هذه الموضوعات ، من الرجوع الى أحكام القضاء فى مدى نصف القرن الماضى .

وأهم مشكلة واجهها القضاء فى مسائل الميراث هى التوفيق بين مبدأ الشريعة الاسلامية القاضى بأن لا تركة الا بعد سداد الديون ، ومبدأ القانون الفرنسى الذى يقضى بأن تنتقل الى الورثة ديون المورث كما تنتقل حقوقه . وهو يقضى عادة باتباع مبدأ الشريعة الاسلامية ، فهى الشريعة واجبة التطبيق فى هذه

الحالة^(١). ولكنه مع ذلك لا يسير في هذا المبدأ الى النهاية ، بل يحى حق الغير الذى تعامل مع الوارث بحسن نية قبل سداد ديون التركة . وقد قضت محكمة الاسكندرية الأهلية الكلية بأنه اذا كانت التركة مدينة ، وباع أحد الورثة ما خصه من الميراث قبل وفاء الدين ، وتبينت سلامة نية المشتري وعدم تواطئه مع البائع للاضرار بحق الدائن ، فيكون البيع نافذا ، ويعد من قبيل البيع الصادر من المدين لمن تكون نيته سليمة اضرارا بالدائنين ، وهو صحيح ونافذ . وادعاء فساد به بأن الميراث لا يكون الا بعد وفاء الدين منقوض بأن ملكية أموال المتوفى تنتقل الى ورثته في حال موته ، فيكون هذا الوارث قد باع ما هو ملكه ، وبأن معنى كون الميراث لا يكون الا بعد وفاء الدين أن الوارث واجب عليه دفع الدين على قدر قيمة ما ورثه ، ولا يلزم بزيادة ، الا أن أموال المتوفى تبقى بدون مالك لغاية تمام دفع الدين^(٢) . وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الوارث يملك شرعا ما يتركه مورثه وقت الوفاة ، والقول بأن لا تركة الا بعد سداد الدين لا يقصده به أن التركة تبقى معلقة لا مالك لها حتى تدفع ديون المورث كلها ، انما معناه أن الوارث ملازم بدفع دين مورثه بنسبة ما أخذه من التركة ، فلذلك ليس لدائنى المورث أن يطلبوا الغاء البيع الحاصل من الورثة لشيء من أموال التركة ، بناء على أن البيع حصل قبل سداد ديون المورث ، وأن الورثة قد باعوا حينئذ شيئا لا يملكونه ، بل الطريقة الوحيدة للطعن في هذا البيع هى رفع دعوى أبطال

(١) على أن المشرع المصرى يصرح في بعض الاحوال أن الالتزام لا ينقضى بموت الملتزم ، كما فعل في الامحار (م ٣٩١ / ٤٧٨) ، ومعنى ذلك أنه ينتقل للوارث . وفي الاحوال التى لا يصرح فيها بذلك ، يكون من المفهوم ضمنا ، طبقا للقواعد العامة في انقضاء الالتزامات ، أن الالتزام لا ينقضى بموت المدين ، بل ينتقل للوارث كذلك .

والتوفيق بين هذه القواعد العامة ومبدأ الشريعة الاسلامية ، يمكن القول ان الالتزام ينتقل للوارث ، ولكن بالقدر الذى كسبه من أموال التركة . فورثة المستأجر مثلا يلتزمون بدفع الاجرة المدة الباقية من الامحار ، بشرط ألا تزيد هذه الاجرة عن مقدار التركة التى آلت اليهم ، محتسبا فيها منفعة المدين المؤجرة .

(٢) ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ القضاء ٤ ص ١٨ .

التصرفات الصادرة من المدين ، اذا توافرت شروط هذه الدعوى ^(١) .
على أن القضاء المصرى غير مضطرد فى هذه المسألة ، فهناك أحكام كثيرة
تحمى دائن التركة وتفضل على المشتري من الوارث ^(٢) . وخير سبيل نراه فى
هذا الموضوع هو أن ينظم المشرع ، عند مراجعة التقنين ، طريقا لتصفية التركة ،
على مثال تصفية أموال المفلس ، حتى تحفظ حقوق دائنى المورث ، ولا يضر الغير
حسن النية الذى يتعامل مع الوارث .

أما الوصية فأحكامها مستمدة من الشريعة الاسلامية كالإراث . ويلاحظ
أن لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية تضمنت أحكاما فى اثبات الوصية . ويحسن أن
يرجع المقنن فى هذا الموضوع الى قضاء المحاكم الشرعية . أما قضاء المحاكم الأهلية
فهو فى احدى نواحيه يكاد يكون مبتكرا . ذلك أن المحاكم تواجه كل يوم عقودا
تفرغ عادة فى شكل عقود البيع ، وتصدر من أب لأولاده ، أو من زوج لزوج ،
أو من شخص لآخر تربطه به رابطة قوية من قرابة أو نسب . ويكاد من يتتبع
ظروف هذه العقود أن يحزم أنها وصايا لا يبيع . فالأب يبيع مالا لابنه ، وقد
يكون الابن صغيرا وليست له ثروة شخصية ينفى منها بضمن المبيع ، ومع ذلك يقر
الأب فى عقد البيع أنه قبض الثمن ، وقد يكون مبلغا كبيرا ، ويحتفظ الأب
لنفسه بحق الانتفاع بالشئ المبيع ، أو يبقى واضعا يده عليه يديره . ويتصرف فيه
كما لو كان لم يبعه ، ويبقى عنده عقد البيع ، فلا يسلمه للمشتري ، ولا يسجله ،

(١) ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ مجموعة ١٤ ص ٤٢ . وانظر فى المشتري سى النية استئناف
أهلى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ ص ٢٧٧ .
(٢) محكمة مصر الأهلية الكلية ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٠٧ —
٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ حقوق ٢١ ص ١١٢ — الاسكندرية الأهلية الكلية فى ٣ أبريل
سنة ١٩٢٤ مجموعة ٢٨ ص ٢٥٠ — استئناف أهلى فى ١٨ يونيو سنة ١٩٢٧ مجموعة ٣١
ص ٣٦٤ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ عمادة ١١ ص ٨٢٦ — ٨ مارس سنة ١٩٣٢
عمادة ١٣ ص ١٦٨ .

ومن ذلك يتبين أن هذا الرأى الأخير هو الذى تطلب على الرأى الاول .
وللمعالم المختلطة أحكام كثيرة فى هذا الموضوع ،

أو يسجله ويقيه مخفياً عنده بعد ذلك . كل هذه قرائن تدل على أن البائع يوصى في الواقع لا يبيع ، وقد لجأ إلى البيع لأنه ضاق بأحكام الوصية ، فهي لا تجيز الوصية لوارث ، وقد تكون هناك أسباب قوية تدعو المورث أن يؤثر بعض الورثة بشيء من ماله . وقد وقفت المحاكم الأهلية أمام هذه العقود وقفة المتردد ، فهي تارة تقرها على أساس أنها بيع صحيح ، وطورا تبطلها باعتبار أنها وصايا صادرة لبعض الورثة دون أن يميزها الباقي . والمتتبع لأحكام القضاء في هذا الموضوع لا يسهه الا أن يحمد هذه الجهود الكبيرة التي يبذلها حتى يوفق بين أحكام القانون والمقتضيات العملية . ويمكن القول بوجه عام أنه يميل إلى اعتبار هذه العقود صحيحة ، اذا حرص البائع على أن يفرغ العقد من الناحية الشكلية في ثوب بيع لا شبهة فيه . وهو لا يبطل الا عقودا لم يثبت فيها أن المشتري صدر منه رضا ولو ضمني ، أو ذكر فيها أن الثمن قد أبرئت منه ذمة المشتري ، أو استبقى البائع لنفسه ملكية الشيء إلى حين موته . أما اذا كان العقد قد احتفظ بشكل البيع الناقل للملكية في الحال ، قلل أن تبطله المحاكم ، حتى لو نص في العقد أن البائع يحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالشيء المبيع طول حياته ^(١) .

والظاهر من هذا القضاء المضطرب أن الحاجة العملية هنا تقلبت على الأحكام القانونية ، فتكسرت هذه الأحكام ، وأخضعها المحاكم لمقتضيات الظروف بطريق الحيلة . فلا شبهة في أن العقود التي حكم القضاء بصحتها يخفى أغلبها وصايا لا ييوعا ، ولكنها وصايا لها من ظروف أسرة الموصى ما يبررها ، فأجازتها

(١) أنظر في هذا المعنى استئناف أهلى ١١ أكتوبر سنة ١٩١٤ حقوق ٢٠ من ١٧٢ — ٢٩ مارس سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ من ٤٨٩ — ٣١ يناير سنة ١٩١٨ مجموعة ١٩ من ٧٣ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ مجموعة ٢٢ من ١٢٩ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ مجموعة ٢٣ من ١٥٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ محاماة ٣ من ١٦٢ — ١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ من ٥٢ — ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ محاماة ٨ من ٩١٧ — ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ محاماة ٩ من ١٠٩ — ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ من ١٥٢ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ محاماة ١٠ من ٨٧٥ — قض ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ محاماة ١٣ من ٥٥ .

الحاكم ، ولكن من طريق مستتر . فهي لم تجسر على أن تخالف حكم الشريعة الإسلامية الصريح ، وهو يقضى بالألا وصية لوارث . فعدت الى اعتبار التصرف ييما ، مكنتية في ذلك بالشكل دون الموضوع ، و متمشية مع الحيلة التي لجأ اليها للتصرف ، حتى تجيز تصرفه .

وهذا مما يدعو الى التفكير ، عند تقنين أحكام الوصية ، في بحث أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع . فهل يجد الباحث فيها شيئا يعين على مجازاة مثل هذه الظروف العملية ، فتباح الوصية لوارث ، ولو في حدود ضيقة ؟ هذا مثل نسوقه على ضرورة عناية المشرع ببحث ما تلجأ له الناس من الحيل للهرب من أحكام تضيق بهم ، فيعيد النظر فيها حتى يوفق بينها وبين الواقع .

أما الهبة فقد أورد المشرع المصري فيها أحكاما هي أكثر نسبيا من الأحكام التي أوردتها في الميراث وفي الوصية . على أنه يجب الرجوع الى الشريعة الإسلامية اذا أريد تقنين أحكام الهبة للموضوعية . أما من حيث شكل الهبة ، ففي القضاء المصري مادة خصبة يستطيع أن يستمد منها المشرع تقنينه . ومن أهم المبادئ التي قررها القضاء المصري في هذا الموضوع هو التمييز في عقود الهبة المستترة ، بين عقد صرح فيه بالابراء من الثمن أو بالتنازل عنه ، فيكون هبة باطلة ، وآخر لم يصرح فيه بذلك ، فيبقى صحيحا ^(١) .

الشرط الجزائي : ومن القضاء المشهور المبتكر ما قرره المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة بشأن الشرط الجزائي . وقد خالفت فيه نصا صريحا في القانون ، هو نص المادتين ١٢٣/١٨١ ، ويقضى بأن الشرط الجزائي لا يجوز الحكم بأقل

(١) استئناف أهلي ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ حقوق ١٩ ص ٤ — ٤ مايو سنة ١٩٠٥ مجموعة ٦ ص ٢٣٨ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٧ حقوق ٢٢ ص ٢٦٦ — ١٧ فبراير سنة ١٩١٠ مجموعة ١١ ص ٢٩٩ — ٢ فبراير سنة ١٩١١ مجموعة ١٢ ص ١٢٠ — ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٢ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ ص ٢٩٥ — ٢٢ يناير سنة ١٩١٦ مجموعة ١٧ ص ٨١ — ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ ص ٥٥١ — محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة في أول مايو سنة ١٩٢٢ مجموعة ٢٣ ص ٦٨ .

منه ولا بأكثر. ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت بدوائرها المجتمعة^(١) بأنه يجوز ألا يحكم بشيء ما من الشرط الجزائي اذا لم يثبت حصول ضرر. ويمكن تبرير هذا المبدأ على أساس أن الشرط الجزائي انما هو تعويض، وشرط التعويض حصول الضرر. وذهبت المحاكم الأهلية الى أبعد من ذلك، فقضت بأن الشرط الجزائي، كما يجوز الغاؤه عند عدم حصول الضرر، يجوز كذلك تخفيضه اذا كان المبلغ المتفق عليه لا يتناسب مع الضرر الذي حصل فعلا^(٢). وحجتها في ذلك أن الشرط الجزائي المبالغ في تقديره انما هو شرط تهديدي محض لا يلتفت اليه، والمحكمة أن تقدر التعويض المناسب. على أنه يمكن تبرير هذا المبدأ من الناحية الفقهية على أساس نظرية السبب.

ومهما يكن من أمر فإن القضاء المصري، من أهلى ومختلف، مجمع على الخروج على نص صريح في القانون، وأن كان يخرج عليه بشيء من التفاوت، ويبرر هذا الخروج تبريرا يختلف قوة وضعفا. وقضاؤنا المصري مبتكر في هذا، لا لخروجه على التشريع المصري فحسب، بل لاختلافه أيضا مع القضاء والتشريع الفرنسيين، فإن هذين يقضيان بوجود احترام الشرط الجزائي احتراما تاما، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر.

وفي هذا ما يسترعى نظر المشرع المصري عند مراجعة التقنين. فعليه أن يزن هذا القضاء المبتكر، وأن يدمجه في تقنينه الجديد، حتى لا يصطدم القضاء مع النصوص التشريعية الصريحة.

تصرفات السفينة قبل الحجر عليه: وهنا أيضا نجد قضاءنا فيه شيء من الابتكار. فالقول المعمول به في الشريعة الاسلامية أن السفينة لا تبطل تصرفاته الا من وقت الحجر عليه، وليس لقرار الحجر أثر رجعي، وهذا قول أبي يوسف وهو المفتى به.

(١) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥.

(٢) ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ مجموعة ٢٧ ص ١٥٣.

ولكن القضاء المصرى لا يقف عند ذلك . بل هو يحارب سوء النية والتواطؤ على الغش بسلاح آخر ، غير قاعدة الحجر على تصرفات السفه . فإذا ثبت عنده أن السفه بادر قبل توقيع الحجر عليه الى التصرف فى أمواله ، متواطئاً فى ذلك مع من تصرف له ، أبطل هذا التصرف ، تطبيقاً للمبدأ العام القاضى بأن القانون لا يحمى الغش ولا التواطؤ ولا التحايل على الأحكام القانونية ، وكل ما يقع من ذلك يجب أن يكون باطلاً^(١) .

وهذا أيضاً قضاء عملى عادل ، يصح أن يدمج فى تقنيننا الجديد .

المسئولية عن الأشياء : لسنأ فى حاجة الى استعراض تطور القضاء الفرنسى الخطير فى هذا الموضوع ، فهو مشهور . وانما نكتفى بالإشارة الى أن القضاء الفرنسى وصل فى تطوره الى حد أن جعل المسئولية عن الأشياء مبنية على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل اثبات العكس .

أما فى مصر فالحالة تختلف عنها فى فرنسا ، من حيث النصوص القانونية ومن حيث الظروف الاقتصادية . وعلى ذلك فلا يزال القضاء عندنا بوجه عام يتطلب اثبات خطأ فى جانب المسئول عن الشيء حتى تتحقق مسئوليته . ولكن ذلك لم يمنع بعض المحاكم ، من أهلية ومختلطة ، أن تجارى التطور الحديث ، وأن تقرر فى قضائها مبدأ المسئولية دون خطأ ثابت . وقد حملها على ذلك تطور

(١) محكمة النقض ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٨٧ — ص ٤٩٢ — انظر احكاماً أخرى كثيرة فى هذا المعنى ، منها استئناف اهلى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ محاماة ٨ ص ٤٥ — استئناف اسبوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٦٣٣ — استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٩ — ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٢ — ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ جازيت ٢٢ ص ٢٢٨ .

ويلاحظ أن الامام محمداً يبطل تصرفات السفه من وقت ظهور السفه ، لا من وقت الحجر عليه فقط ، فقضاؤنا يتفق مع رأى محمد فى النتيجة ، وإن كان يختلف عنه فى الأساس القانونى . فمحمد يبطل التصرف قبل الحجر بسفه ، أما القضاء فيبطله لغش والتواطؤ . فإذا فرض أن من تصرف له السفه لم يكن متواطئاً معه بل كان حسن النية فالظاهر أن محمداً يبطل التصرف بالرغم من ذلك ، أما القضاء فلا يبطله .

الحالة الاقتصادية في بلادنا ، ونهضة الصناعة وارتقاء وسائل النقل وزيادتها مما يعرض الناس لأخطار لم تكن موجودة من قبل . فعدلت بعض المحاكم عن نظرية الخطأ الثابت ، واتخذت موقفا أكثر اتساقا مع مقتضيات هذا التطور الحديث . ولكنها اقسمت الى طائفتين :

(١) طائفة وهي الغالبية تأخذ بمذهب الخطأ المفترض ، وتقلد في ذلك القضاء الفرنسي . ولكنها لا تزال تحتاز المراحل الأولى التي سبق للقضاء الفرنسي أن اجتازها من قبل ، فبعضها يتلصق أساس الخطأ المفترض في المسؤولية التعاقدية ، وبعضها يتلصق من طريق القياس على المسؤولية عن الحيوان ، وفريق ثالث يقرر مبدأ الخطأ المفترض دون أن يدعمه على أساس قانوني ^(١) .

(٢) والطائفة الأخرى سارت شوطا أبعد من هذا ، وأخذت بمذهب تحمل التبعة ^(٢) ، وهي في هذا قد سبقت القضاء الفرنسي ، اذ هو لم يأخذ بهذا المذهب حتى اليوم .

وفي استعراض هذا القضاء ، عند القيام بمراجعة التقنين ، ما يدعو للتفكير في تحديد الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية عن العمل الضار ، وهل يحسن بمرسنا أن يجارى القضاء في بعض الخطوات التي سار فيها ، اذا وجد ما يبرر

(١) من الأحكام التي أخذت بمبدأ الخطأ المفترض : استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ — ٢٨٠ — أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢١ — ١٤ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٤ — ٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٠ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ٥٩ — ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٦ — محكمة استئناف أسبوط الأهلية ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ بمجموعة ٢٩ عدد ١٣٠ — محكمة استئناف مصر الأهلية ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ بمحكمة ١٠ ص ١٥٤ — محكمة البان الجزئية ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٢٦ عدد ١/٩٣ .

(٢) أنظر محكمة استئناف مصر الأهلية في ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ بمجموعة ٢٨ عدد ٥٩ — محكمة مصر المختلطة الابتدائية ١٤ يونيو سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ — ٢٣٣ — ١٧ يونيو سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ١٩٥ — استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٢٢ .

ذلك من تطور الظروف الاقتصادية فى مصر .

الملكية الادوية والفنية والصناعية : وهنا أيضا تجد القضاء المصرى ، الأهل والمختلط ، يتكر المبادئ القانونية ، لحماية هذا النوع من الملكية ، اذ ليس له تشريع خاص يحميه . فاستعاض القضاء عن النصوص التشريعية بتطبيق مبادئ العدالة والقانون الطبيعى .

والمبادئ التى قررها القضاء فى هذا الشأن كثيرة مشهورة ، لا داعى لتفصيلها . وهى تصلح أن تكون مرشدا للمشرع المصرى فى تقنينه لأحكام هذه الملكية المعنوية . ولا يفوتنا أن نذكر أن الحكومة المصرية قد وضعت مشروع قانون للملكية الأدبية والفنية ولا يزال محلا للبحث .

ويتبين مما تقدم أن القضاء المصرى مادة خصبة يستفيد منها المشرع المصرى الشئ الكثير ، عند مراجعة التقنين^(٢) .

ب - التقنينات الحديثة

الى أى حد تمكن الاستفادة من هذه التقنينات : قدمنا أن التقنينات الحديثة مصدر خصب لمشرعنا ، يستطيع أن يستمد منها كثيرا من المبادئ القانونية الصالحة فى التقنين .

على أننا نشير بشئ من الحيلة فى ذلك . واعتقادنا أن المشرع يحسن به أن يستمد تشريعه أولا من قضاء البلاد وتجاربها الخاصة . فان اقرار القضاء المصرى لمبدأ واضطراده فى السير عليه دليل على صلاحية هذا المبدأ للحياة المصرية فى أغلب الأحيان . والقانون ليس الا وليد هذه الحياة ، يخضع لها ،

(١) على أن هناك مبادئ قررها القضاء المصرى ، لا تصح للمشرع إتباعها . ونذكر مثلا ذلك مسؤولية المستأجر عن احتراق المين المؤجرة ، فالقضاء المصرى يحمل المؤجر عبء الاثبات . ويخرج فى ذلك على القواعد العامة ، والاولى مخالفة هذا القضاء المبشكر ، والرجوع الى القواعد العامة ، فيكلف المستأجر بالاثبات .

ويتأثر بها ، ويجارها .

على أن هذا لا يمنع أن نستفيد من تجارب الغير الى جانب تجاربنا الخاصة .
 فقد رأينا التقنيات الحديثة ارتقت رقيا كبيرا ، وتقدمت في رقيها على التقنين
 الفرنسي الذي أخذنا عنه . فإذا أردنا تنقيح تقنيننا وجب علينا أن ننتفع بهذا
 التقدم .

ونلاحظ أولا أنه لا يجوز لنا أن نستمد شيئا من قانون أجنبي في دائرة
 الأحوال الشخصية . فان هذه الدائرة تخضع قبل كل شيء لمعتقداتنا الدينية ،
 ولعاداتنا وتقاليدنا الخاصة ، ولأسلوب حياتنا الاجتماعية ، مما لا يصح أن نقلد فيه
 الأمم الأجنبية ، وهي غريبة عنا في عاداتها ، بعيدة في تقاليدها .

ونلاحظ ثانيا أن أكثر ما نستفيدة من التقنيات الحديثة إنما يكون من
 ناحية الشكل . فأسلوب التقنين الحديث ، وتبويب هذا التقنين تبويا منطقيا
 محكما ، وتوخى الدقة في التعبير ، وغير ذلك مما سبق أن أشرنا إليه ، نجد له مثلا
 طيبة في التشريعات الحديثة ، يجب علينا أن نتوخاها في تقنيننا الجديد .

على أن هناك مبادئ قانونية كثيرة تتعلق بالموضوع لا بالشكل ، نجدها
 في هذه التقنيات الحديثة ، وهي مبادئ تصلح أن نستلهم منها الشيء الكثير
 في تقنيننا الخاص بالمعاملات ^(١) ، لا سيما في الجزء الخاص بالالتزامات . فان هذا
 الجزء يكاد يكون مشتركا بين الأمم ، يسهل بينها التفاهم على مبادئه ، لأن أساسه
 المنطقي ، والمنطق البشري الصحيح واحد لا يتغير . ولأن موضوع الالتزامات
 هو أكثر موضوعات القانون تجردا من الاعتبارات المحلية ، وتمشيا مع حركة
 التعامل الدولية ، وتحليقا في جو التعميم والشمول .

(١) وقد وضع الأستاذ والتون مقترحات جديرة بالنظر ، يبين نصوص تشريعية ،
 تتعاق بحق الملكية والتزامات الجوار ، لتعديل التقنين المصري في هذه الموضوعات . وقد
 استمد أكثر هذه النصوص من التقنيات الحديثة (أنظر مقاله المنشور في مجلة مصر
 المصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٨٦ — ص ٢٠١) .

ومن هذه المبادئ ما يتناول نظريات عامة تتمشى على جميع نواحي القانون ، كالمبادئ الخاصة بسلطة القاضى فى تفسير القانون ، ونظرية سوء استعمال الحق . ومنها ما هو مقصور على ناحية معينة كالنشاطات (ولا تتكلم فى السجل العقارى ، فأمره معروف ، ولا على « الافلاس المدنى » . وقد نظمته بعض القوانين الحديثة كالقانون الألمانى والقانون السويسرى) : وأكثرها يتصل بنظرية الالتزام كما قدمنا ، نذكر منها على سبيل المثال المبادئ المتعلقة بتكوين العقد ، والنيابة فى التعاقد ، والارادة المنفردة والصورية ، والغبن ، والدفع بعدم التنفيذ ، والاشتراط لمصلحة الغير ، والمسئولية عن العمل الضار ، والأثر بلا سبب ، وحالة الدين ، والوفاء .

هذه بعض المبادئ التى يصح فيها أن تتطلع الى الاستفادة من التقنيات الحديثة ، لم نحاول حصرها ، وإنما أتينا بأمثلة تدلل بها على أهمية الرجوع الى هذه التقنيات ، لسد بعض الثغرات فى تقنيننا الحاضر ، وقد سبق أن أشرنا اليها عند ما كنا نعدد عيوب هذا التقنين .

ونختزىء بكلمة موجزة عن كل من المبادئ المتقدمة ، نستعرض فيها ما قرره التقنينات الحديثة بشأنها ^(١) ، مما يصح أن يكون مثلاً لنا لتحذيه . ونتوخى الإيجاز التام فى ذلك ، لضيق المقام .

سلطة القاضى فى تفسير القانون : أهم ما يسترعى النظر فى هذا الموضوع هى هذه الخطوة الجريئة التى خطاها المشرع السويسرى فى اعترافه الصريح بسلطة القاضى الواسعة ، لا فى تفسير القانون لحسب ، بل فى صنعه أيضاً . فقد

(١) وتقتصر على التقنين الألمانى والتقنين السويسرى والمشرع الفرنسى الايطالى ، حتى لا يطول بنا البحث . ولكن لا يفوتنا أن نذكر أن هناك مصادر أخرى غير هذه يصح الرجوع اليها . نذكر منها على سبيل المثال المشرع البولونى ، وقد تضمن فى المادة الخامسة للنس الآتى : « لا يجوز التحايل على القانون ، وكل عمل قانونى مخالف لهذا النس يكون باطلاً لا أثر له » . وهو نس جدير أن نسترشد به فى تقنيننا الجديد .

نص في المادة الأولى من القانون المدني على ما يأتي : « يخضع للتشريع كل الموضوعات التي تعرضت لها نصوصه ، في ألفاظها أو في روحها . وإذا لم يوجد نص قانوني يطبق ، حكم القاضي بمقتضى العادات . فإذا لم توجد عادات ، حكم بمقتضى القواعد التي كان يسنها لو كان مشرعا ، واستلهم في ذلك للبادئ التي أقرها الفقه والقضاء ^(١) » .

وهذا النص جرائته في صراحته . فهو يعدد للقاضي المصادر التي يستمد منها القانون . فيذكر أولا النصوص التشريعية ، ثم روح التشريع ، ثم العادات ، ثم يترك الأمر بعد ذلك للقاضي ، يشرع للحالة المعروضة أمامه ، مستلهما في ذلك الفقه والقضاء . وهذا هو في الواقع من الأمر ما يفعله كل قاض ، سويسرى أو غير سويسرى . ولا سبيل الى منع القاضي من الاجتهاد في الحالات التي لا يرى أمامه فيها حكما من تشريع أو عرف ، فهو لا محالة مشرع ، يستنبط الحكم الذي يراه ملائما ، ويقضى به . وليست جدة التشريع السويسرى في هذا الشأن الا في أنه قال صراحة ما لا يقوله المشرعون الآخرون عادة ، خشية أن يسترسل القضاء في سلطة تفسيرية واسعة ، ينقلب بها مشرعا ، لا يتقيد حتى بالنصوص القانونية التي يراها أمامه .

ونحن نكتفى بوضع هذا النص التشريعى الخطير تحت أعين الباحثين . ولا نجزم بصواب نقله في تقنيننا الجديد .

نظريه سوء استعمال الحق : هذه نظرية يمتدح بها الفقه ، ويطبقها القضاء ، في كل القوانين المتدنية . ويطبقها القضاء المصرى في أحوال كثيرة . فعدم وجود نص تشريعى في هذا الموضوع تقص يجب أن تتلافاه في تقنيننا

La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la (١) lettre ou l'esprit de l'un de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législation. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

الجديد . وهذا ما فعلته التقنينات الحديثة . فقد نص التقنين الألمانى فى المادة ٢٢٦ على أن « استعمال الحق لا يكون جائزا ، اذا لم يقصد به الاحداث ضرر للغير » ^(١) . ونص التقنين السويسرى (م ٢ مدنى) على أن « كل شخص ملزم باستعمال حقوقه وتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التى يعلماها حسن النية . وكل سوء استعمال ظاهر للحق لا يحميه القانون » . ونص المشروع الفرنسى الايطالى (م ٧٤ فقرة ثانية) على أنه « يلتزم أيضا بالتعويض كل من أحدث ضررا للغير ، بأن جاوز ، فى استعماله للحقه ، الحدود التى يرسمها حسن النية ، أو الغرض الذى من أجله أعطى هذا الحق » ^(٢) .

والذى يطلب من مشرعنا أن يبت فيه ، عند وضعه نصا بهذا المعنى ، هو أن يحدد بأى معيار يأخذ فى هذه النظرية ، أبمعيار مادى هو أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات ، أم بمعيار شخصى هو أكثر تحقيقا للعدالة ، أم يأخذ بالمعيارين معا متزجين . ثم يبت كذلك فى أى مكان يضع هذا النص ، أى فى القسم العام من التقنين ، وهذا هو الذى نراه ، اذ النظرية عامة تنبسط على جميع نواحى القانون ، أم يضعه بين النصوص المتعلقة بالعمل الضار فى مصادر الالتزامات ، كما فعل المشروع الفرنسى الايطالى .

المؤسسات والمؤسسات (fondations) : لا يوجد فى قانوننا ولا فى القانون الفرنسى نصوص خاصة بالمؤسسات . وهذا نقص ظاهر فى التشريعين . والفرنسيون يحتالون على انشاء المؤسسات بطرق مختلفة ملتوية . أما فى مصر ، فقد أغنانا الوقف الى حد كبير عن هذه الطرق . اذ يستطيع من يريد انشاء

(١) L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui.

(٢) Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

(٣) Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré.

مؤسسة أن يقف مالا يخصصه للغرض الذى يقصد اليه . ولكن بالرغم من ذلك لا زلنا فى حاجة شديدة الى نظام قانونى للمؤسسات يكون أكثر مرونة من نظام الوقف المعروف . « فتنظم ادارة المؤسسة على نحو يتفق مع الحاجات العملية ، ويسمح لجمهور كبير من الناس أن يكتب فى انشاء مؤسسات ، حيث لا يسمح الوقف بانشاءها ، وحيث يستعان الآن بطريق ملتو على الوصول الى الغرض المقصود ، بانشاء جمعيات من الأشخاص ، لا مؤسسات من الأموال . كذلك ينظم هذا التشريع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات (أما فى نظام الوقف فالحاكم الشرعية هى التى لها حق الرقابة) ، ويرخص للمؤسسة أن تتحول من غرض الى غرض آخر ، متى تبين أن الغرض الذى أنشئت من أجله قد أهميته ، أو أصبح مخالفا لروح الزمن أو للنظام العام . كل هذه مزايا لا تتوافر فى نظام الوقف . هذا الى أن الوقف يجب أن ينتهى الى جهة بر لا تنقطع ، فلا يمكن اذن وقف مال على مشروعات اجتماعية أو اقتصادية ابتداء وانتهاء ، اذا لم تدخل هذه المشروعات فى دائرة جهات البر » ^(١)

هذا النقص فى تشريعنا تلافاه التشريعان الألماني والسويسرى ، فنضمنا نصوصا (م ٨٠ — ٨٨ ألماني وم ٨٠ — ٨٩ مدنى سويسرى) تنظم المؤسسات وتقتضى هذه النصوص بأن المؤسسة تنشأ بعمل قانونى صادر من جانب واحد . فإرادة المنشئ هى التى توجد المؤسسة وتضع نظمها . وهذه الإرادة تصدر من صاحبها لتنتج أثرها ، اما فى حياته ، أو بعد موته وتكون الإرادة فى هذه الحالة فى شكل وصية . ثم يلتزم المنشئ بإرادته المنفردة أيضا أن ينقل الى المؤسسة ملكية ما تعهد بدفعه من المال الذى خصصه لهذا الغرض . ومن الضرورى فى القانون الألماني الحصول على ترخيص من الحكومة (بخلاف القانون السويسرى) . ويجوز للحكومة التعديل من أغراض المؤسسة ، اذا أصبحت الأغراض الأولى مخالفة للنظام العام ، وتحترم فى ذلك إرادة المنشئ بقدر الامكان .

(١) أنظر كتابنا فى الالتزامات جزء أول نظرية المقدم ٢٠٤ هامش عمدة ١ .

وهناك مشروع قانون فى فرنسا يضع نظاما للمؤسسات ، ويجعل انشاءها بطريق مباشر ، بمجرد تخصيص مال لها . وتكسب المؤسسة الشخصية المعنوية باعلان يماثل الاعلان الذى تكسب به الجمعيات هذه الشخصية . . ولا يسمح باشهار المؤسسة الا بعد ترخيص من الجهة الادارية . والترخيص تارة يكون حتميا ، وطورا يترك لتقدير الادارة ، مع جواز الطعن فى هذا التقدير أمام المحكمة الادارية العليا . وقد نظمت فى هذا المشروع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات .

أماننا كل هذه النصوص فى التشريعات المختلفة ، نستطيع أن نستلهم منها تشريعا يتناسب مع حالتنا الخاصة ، لتنظيم المؤسسات فى مصر . فان أمر هذه المؤسسات أصبح الآن خطيرا بانتشار أعمال البر ، وازدياد النشاط الاقتصادى فى البلاد .

تكوين العقد : قدمنا أن تقنيننا المدنى قد أغفل مسألة من أمهات المسائل فى العقد ، وهى مسألة تكوينه . فلا نص عندنا يقرر كيف يتكون العقد ، وما يتعلق بذلك من أحكام مختلفة ، مثل القوة الملزمة للايجاب ، وتوافق الايجاب مع القبول ، وفى أى وقت يتم ذلك اذا كان التعاقد بين غائبين ، وفى أى مكان ، وما قيمة الايجاب المعروض على الجمهور ، وما قيمة السكوت كتعبير عن الارادة ، وغير ذلك من المسائل الهامة .

ونستطيع أن نستفيد فائدة كبرى من نصوص قانون الالتزامات السويسرى فى هذا الصدد ، فهى من خير المثل التى تحتذى . وقد فصل المشرع السويسرى الأحكام المتقدمة فى المواد العشر الأولى من قانون الالتزامات ، وهذه هى نصوصها :

المادة ١ : « يكون العقد تاما ، عندما يظهر المتعاقدان ارادتهما ، متبادلتين متوافقتين . واطهار الارادة قد يكون صريحا أو ضمنيا » ^(١) . ويبدو أن هذا

(١) Art. 1er. Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. Cette manifestation peut être expresse ou tacite.

النص يأخذ بنظرية الارادة الظاهرة في العقد .

المادة ٢ : « اذا اتفق المتعاقدان على كل المسائل الجوهرية ، اعتبر العقد قد تم ، حتى لو بقيت بعض المسائل الثانوية دون اتفاق . وفي حالة عدم الاتفاق على هذه المسائل الثانوية ، يبت فيها القاضى ، ويعتبر فى ذلك طبيعة التعامل »^(١) . وظاهر أن هذا النص يعطى القاضى بعض السلطة فى تكوين العقد . وهذا مثل جديد على تفويض المشرع السويسرى للقاضى كثيرا من الأمور ، فهو يشرع تارة ، ويساعد الأفراد على تكوين عقودهم تارة أخرى .

المادة ٣ : « كل شخص يعرض اتمام عقد على آخر ، ويحدد ميعادا للقبول ، يلتزم بإنجابه حتى نهاية الميعاد . وينحل التزامه اذا لم يصله القبول قبل انتهاء الميعاد »^(٢) . وفى هذا النص اعتراف بالقوة الملزمة للإيجاب ، وأخذ بنظرية العلم بالقبول .

المادة ٤ : « اذا عرض الايجاب على شخص حاضر ، دون تحديد ميعاد للقبول ، تحمل صاحب الايجاب اذا لم يصدر القبول فى الحال . وتعتبر العقود التى تمت بطريق التليفون عقودا بين حاضرين ، اذا اتصل الطرفان ، أو وكلاهما ، أحدهما بالآخر اتصالا شخصيا »^(٣) . وقد اعتبر هذا النص العقد بطريق

Art. 2. Si les parties se sont mises d'accord sur tous les (١) points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.

Art. 3. Toute personne qui propose à une autre la conclu- (٢) sion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai. Elle est déliée, si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai.

Art. 4. Lorsque l'offre a été faite à une personne présente (٣) sans fixation de délai pour l'accepter, l'auteur de l'offre est délié, si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement. Les contrats conclus par téléphone sont censés faits entre présents, si les parties ou leurs mandataires n'ont été personnellement en communication.

التليفون كأنه عقد تم بين حاضرين ، وان كان ذلك لا يصدق الا من حيث الوقت الذى يتم فيه العقد ، لا من حيث المكان .

المادة ٥ : « اذا صدر الايجاب لشخص غائب ، ولم يحدد لقبوله ميعاد ،بقى صاحب الايجاب مرتبطا به الى الوقت الذى يتوقع فيه وصول رد ، يرسل فى الوقت المناسب وبطريق منتظم . وله أن يفرض وصول الايجاب فى وقت مناسب . واذا وصل القبول ، ولو أرسل فى وقت مناسب ، متأخرا الى من صدر منه الايجاب ، وكان هذا لا يريد الارتباط به ، وجب عليه أن يعلم من صدر منه القبول بذلك فى الحال ^(١) » . وعند هذا النص لا يسعنا الا أن نعجب بالتسلسل للمنطقى الذى ساق به المشرع السويسرى نصوصه . فهو فى المادة الثالثة يفترض أن الموجب حدد ميعادا للقبول ، وفى المادتين الرابعة والخامسة افترض انه لم يحدد ميعادا سواء كان الطرف الآخر حاضرا ، وهذا ما نص على حكمه فى المادة الرابعة ، أو غائبا ، وهذا ما خصص له المادة الخامسة .

المادة ٦ : « اذا كان صاحب الايجاب ، نظرا لطبيعة التعامل الخاصة أو للظروف ، لا يتوقع صدور قبول ، يعتبر العقد قد تم اذا لم يرفض الايجاب فى ميعاد مناسب ^(٢) » . وهذا نص محكم ، يبين متى يعتبر السكوت قبولا . يقابله نص لا يقل عنه أحكاما ، عند فقهاء الشريعة الاسلامية يقضى بأن « السكوت

Art. 5. — Lorsque l'offre a été faite sans fixation de délai à (١) une personne non présente, l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement. Il a le droit d'admettre que l'offre a été reçue à temps. Si l'acceptation expédiée à temps parvient tardivement à l'auteur de l'offre, et que celui-ci entende ne pas être lié, il doit en informer immédiatement l'acceptant.

Art. 6. Lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison (٢) de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à son acceptation, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable.

في معرض الحاجة بيان .»

المادة ٧: « صاحب الإيجاب لا يتقيد به ، اذا تحفظ في هذا الشأن تحفظاً صريحاً ، أو اذا ظهرت نيته في عدم التقيد ، من الظروف أو من طبيعة التعامل الخاصة . ولا يعتبر إيجاباً ملزماً إرسال الأسعار والأثمان المعتادة وغيرها . أما عرض البضائع مع بيان أثمانها فيعتبر إيجاباً ^(١) . وهذا نص يأتي بتطبيقات عملية ، تبين متى يعتبر العرض الصادر من الموجب مجرد مفاوضة ، ومتى يعتبر إيجاباً باتاً . وقد يكون موضع هذا النص متأخراً في هذا المكان .

المادة ٨ : « من تعهد علناً باعطاء جائزة في مقابل القيام بعمل ، يلتزم بدفعها طبقاً لتعهد . فإذا عدل عن التعهد قبل أن يصل إليه شيء ، التزم برد المصاريف التي أفتت عن حسن نية ، الى حد قيمة المكافأة التي وعد بها ، إلا اذا أثبت أن النتيجة المنشودة ما كانت لتتحقق ^(٢) » .

وهذا النص الذي يحدد ، في حالة عرض جائزة على الجمهور ، الوقت الذي لا يستطيع فيه الموجب العدول عن إيجابه ، لا يتفق مع المنطق في نظرنا . وكان الأولى أن يكون هذا الوقت هو علم شخص معين من الناس بالجائزة المعروضة ، لا قيام هذا الشخص بالعمل المطلوب .

Art. 7. L'auteur de l'offre n'est pas lié s'il a fait à cet égard ^(١) des réserves expresses, ou si son intention de ne pas s'obliger résulte soit des circonstances, soit de la nature spéciale de l'affaire. L'envoi de tarifs, de prix courants etc., ne constitue pas une offre de contracter. Le fait d'exposer des marchandises avec indication de prix, est tenu dans la règle pour une offre.

Art. 8. Celui qui promet publiquement un prix en échange ^(٢) d'une prestation est tenu de le payer conformément à sa promesse. S'il retire sa promesse avant qu'une prestation lui soit parvenue, il est tenu de rembourser, au plus jusqu'à concurrence de ce qu'il avait promis, les impenses faites de bonne foi ; à moins cependant qu'il ne prouve que le succès espéré n'aurait pas été obtenu.

المادة ٩ : « يعتبر الايجاب غير موجود ، اذا وصل المدول عنه الى من توجه اليه ، قبل وصول الايجاب ، أو فى نفس الوقت ، أو بعد هذا الوقت بشرط أن يعلم به الطرف الآخر قبل العلم بالايجاب . وتطبق القاعدة نفسها فى حالة المدول عن القبول ^(١) » . وهذا نص يبين متى يمكن المدول عن الايجاب أو القبول . ويظهر لنا أن موضع النص فى هذا المكان متأخر ، كما لاحظنا ذلك فى نص المادة ٧ .

المادة ١٠ : « التعاقد فيما بين غائبين ينتج آثاره من الوقت الذى يصدر فيه القبول . واذا لم يكن القبول الصريح ضروريا ، فترجع آثار العقد الى وقت قبول الايجاب ^(٢) » . وهذا نص فى التعاقد بالمراسلة ، تضمن حلا ، هو محل للنظر ، فى هذا الموضوع الدقيق .

هذه نصوص واضحة ، تقرر أحكاما هامة . وهى مثل طيب فى الترتيب المنطقي والوضوح واستعابة الموضوع فى غير تكلف ولا اطالة . وتنمى على مشرعنا لو عنى بدراسة هذه النصوص وأمثالها عند مراجعة التقنين المدنى ، حتى يقتبس منها ما يراه صالحا فى هذا الموضوع الهام ، بعد أن أغفله أغفالا تاما فى التقنين الحالى .

وقد وضع المشروع الفرنسى الايطالى نصوصا مماثلة للنصوص المتقدمة فى تكوين العقد (م ٢ - ٤) . وهى أكثر اختصارا ، ولكنها أقل وضوحا ،

Art. 9. L'offre est considérée comme non avenue, si le re- (١)
trait en parvient avant l'offre ou en même temps au destinataire, ou
si, étant arrivé postérieurement, il est communiqué au destinataire
avant que celui-ci ait pris connaissance de l'offre. La même règle
s'applique au retrait de l'acceptation.

Art. 10. Le contrat entre absents déploie ses effets dès le mo- (٢)
ment où l'acceptation a été expédiée. Si une acceptation expresse n'est
pas nécessaire, les effets du contrat remontent au moment de l'ac-
ceptation de l'offre.

وليس فيها هذا التسلسل المنطقي الذي نراه في قانون الالتزامات السويسرى . ومن بين النصوص الثلاثة التى أتى بها المشروع في هذا الموضوع ، نرى النص الثانى (م ٢) طويلا شديدا التعقيد ، قليل التناسق ، وكان الأولى تميزته الى عدة نصوص .

أما التقنين الألمانى ، فقد تناول هذا الموضوع في نصوص كثيرة (م ١٤٥ - ١٥٦) . وتمتاز هذه النصوص بترتيب منطقي قد يكون أدق من ترتيب التقنين السويسرى . وتمتاز كذلك بأنها استوعبت فروضا عملية لم يتعرض لها المشرع الفرنسى . فهى جديرة بالدراسة والتحيز ، لتقارن بنصوص التشريع السويسرى ، فيخرج الباحث بنتائج كبيرة القيمة من الناحية التشريعية . ولولا ضيق المقام لأوردنا النصوص الألمانية . ولكن نكتفى بالإشارة الى نص المادة ١٥٣ ، وهو يقضى بعدم سقوط الإيجاب بموت أو زوال أهلية الموجب ، وهذه نتيجة منطقية من جعل الإيجاب ملزما .

النيابة فى التعاقد : لم يضع المشرع المصرى نظرية عامة للنيابة فى التعاقد ، ولا نجد مثل هذه النظرية فى التشريع الفرنسى . فالتشريعان ناقضان من هذه الناحية . واقتصارهما على عقد الوكالة لا يكفى لتقرير كل أحكام النيابة ، فالوكالة ليست الا نوعا واحدا من أنواع النيابة .

وقد غنيت التقنيات الحديثة بهذا الموضوع . فرى التقنين الألمانى يورد نظرية كاملة للنيابة (م ١٦٤ - ١٨١) بدقته المعهودة ، وترتيبه المنطقي ، واستيعابه للموضوع .

وكذلك فعل قانون الالتزامات السويسرى (م ٣٢ - ٤٠) والمشروع الفرنسى الايطالى (م ٣٠ - ٣٧) ونصوص هذه التقنيات الثلاثة جديرة بالمقارنة بعضها البعض الآخر ، حتى يستخلص منها نصوص صالحة لادماجها فى تقنيننا الجديد .

الارادة المنفردة : هى نظرية جرمانية الأصل . ولكنها جاوزت حدود القوانين الجرمانية ، وانتشرت فى كثير من القوانين .
أما التقنين الألمانى فقد قرر عدم الأخذ بها كنظرية عامة ، وإن كان قد أخذ بها على سبيل الاستثناء فى مواضع معينة نص عليها (انظر م ٣٠٥) . وقد سار قانون الالتزامات السويسرى على هذا النهج ، فاعترف بالارادة المنفردة مولدة للالتزام فى حالات خاصة .

وانفرد للمشروع الفرنسى الايطالى بمقد فصل خاص للإرادة المنفردة ، باعتبارها مصدرا للالتزام ، قضى فى المادة ٦٠ بأن الارادة المنفردة اذا كانت مكتوبة ، واقرنت بأجل محدد ، تلتزم صاحبها بمجرد وصولها الى علم من توجهت اليه ولم يرفضها . وتنطبق على الارادة المنفردة القواعد التى تنطبق على العقد ، عدا القواعد المتعلقة بوجوب توافق الارادتين لانشاء الالتزامات ... ^(١) .
وقد جاء فى التقرير للرفق بالمشروع ما يأتى : « ان هذا النص كان ماثرا للمناقشة بين أعضاء اللجنتين الفرنسية والإيطالية . فقد ظن البعض أن فى تقرير هذا المبدأ تجديدا جريئا لا يتطلبه العمل . ولكن هذا الاعتراض ، اذا كان فيه بعض الوجهة بالنسبة للقانون الفرنسى ، غير وجيه بالنسبة للقانون الايطالى . فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجارى الايطالى على أنه فى العقود الملزمة لجانب واحد ، يعتبر الإيجاب ملزما بمجرد وصوله الى علم من توجه اليه ، فالتجديد ليس اذن كبيرا بالنسبة لهذا القانون . ومن المفيد ادخاله فى القانون الفرنسى ، فهو يضع حدا للخلاف فى تعرف طبيعة بعض الأعمال القانونية ، هل هى عقود أو هى مجرد ارادة منفردة ، كما فى تطهير العقار . وهو فى الوقت ذاته يوسع دائرة احترام

Art. 60. La promesse unilatérale, si elle est faite par écrit (١) et si sa durée n'est pas indéterminée, oblige son auteur aussitôt qu'elle est arrivée à la connaissance de la personne à laquelle elle est destinée, à moins que celle-ci ne refuse.

Sont applicables à la promesse unilatérale toutes les règles des contrats, à l'exception de celles qui se réfèrent à la nécessité de l'accord des volontés pour l'existence des obligations.

ما يصدر عن الشخص من تعهد ، بالتشئ مع ما يقتضيه حسن النية . على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدودا معقولة لهذا التجديد . فهي لم تكثف بالشروط الموضوعية للعقد ، من الأهلية ومشروعية المحل والسبب ، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الإرادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة ، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة ^(١) .

ولا يسعنا ، أمام الاعتبارات التي أشار إليها التقرير ، ألا أن نشير بحمل هذه المسألة موضع عناية مشرعا عند وضع التقنين الجديد .

الصورية : موضوع ذو خطر في الحياة العملية . ليس عندنا فيه نص فيما عدا الهبة المستترة . والنصوص الفرنسية ناقصة معينة .

وقد وضع الشرع الألماني نصا في الصورية (م ١١٧) يقضى بحمل العقد الحقيقي هو الذي يسرى دون العقد الظاهر ، حتى بالنسبة للغير . وهو حكم غريب نفضل عليه حكم قانون الالتزامات السويسري (م ١٨ فقرة ثانية) ويقضى بـ **سريان العقد الظاهر** .

وأفضل من النصين ، وأكثرا استيعابا للموضوع ، نص المادتين ٤٩ و ٥٠ من المشروع الفرنسي الايطالي . وتقضى المادة الأولى بأنه « في حالة الصورية ، لا ينتج العقد الظاهر أثرا فيما بين المتعاقدين واذا قصد المتعاقدان ، باتخاذهما شكل عقد معين ، أن يبرما عقدا آخر ، فهذا العقد الأخير يكون صحيحا اذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحته . ويجوز لدائني المتعاقدين وللغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر اذا كانوا حسنى النية ، ويجوز لهم أيضا أن يثبتوا الصورية التي وقعت ضارة بهم . ويجوز اثبات الصورية بكل الطرق ،

(١) أنظر ص ٧١ — ص ٧٣ من التقرير المذكور . أنظر أيضا م ٢٢ من القانون التونسي وم ١٨ من القانون المراكشي .

حتى فيما بين المتعاقدين^(١) . وتقضى المادة الأخرى بأن « العقود المستترة التي لم يقر القانون بطلانها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين وخلقهم العام . ولا يجوز التمسك بها على من لم يكن طرفا فيها ، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بها^(٢) . وفي هذين النصين المتقدمين ملخص دقيق واضح لأحكام الصورية . وهما ولا شك نصان يصلحان للاستئناس بهما عند مراجعة التقنين المصري . ونلاحظ أن المشروع الفرنسي الايطالي قد خرج على القواعد العامة في أحكام الصورية في مسألة واحدة ، وهي اثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ، فقد أجاز هذا الاثبات بجميع الطرق .

الفصل : لم يضع المشرع المصري نظرية عامة للفبن ، بل اقتصر على اجازة الطعن بالفبن في بعض حالات معينة نص عليها . وكذلك فعل المشرع الفرنسي . والتشريعان ناقضان من هذه الناحية .

أما التقنينات الحديثة فقد عنيت بهذا الموضوع الهام ، فوضعت فيه نصوصا عامة .

من ذلك ما نص عليه التقنين الألماني في المادة ١٣٨ اذ قضت بما يأتي :
« كل عمل قانوني يخل بالأداب يكون باطلا . ويكون باطلا بنوع خاص العمل

Art. 49. Au cas de simulation, le contrat apparent ne produit (١)
pas d'effets entre les parties. Si, sous la forme d'un contrat, les parties ont voulu en conclure un autre, ce dernier est valable pourvu qu'il réunisse toutes les conditions de fond requises pour sa validité. Les créanciers des parties contractantes et les tiers peuvent se prévaloir du contrat apparent pourvu qu'ils soient de bonne foi ; ils peuvent aussi prouver la simulation faite à leur préjudice. La simulation peut être prouvée par tous moyens, même entre les parties.

Art. 50. Les contre-lettres qui ne sont point déclarées nulles (٢)
par la loi ont effet entre les parties contractantes et leurs successeurs à titre universel. Elles ne peuvent être opposées à ceux qui y ont été étrangers, mais ceux-ci peuvent s'en prévaloir.

القانوني الذي يستغل به شخص حاجة شخص آخر أو خفته أو عدم تجربته ، فيحمله ، في نظير شيء معين ، على أن يتعهد أو يعطي ، له أو لشخص آخر ، منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء ، بحيث يقين من الظروف أن هذه المنافع بالنسبة للشيء ، غير متعادلة الى درجة فادحة ^(١) .

وتنص المادة ٢١ من قانون الالتزامات السوسري على ما يأتي : « في حالة اختلال التعادل اختلالا واضحا ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون ، في غضون سنة ، أن يعلن بطلان العقد ، ويسترد ما دفعه ، اذا كان قد دفع الى هذا الثمن من طريق استغلال حاجة وقع فيها ، أو خفة ، أو عدم تجربة » ^(٢) .

وتقضي المادة ٢٢ من المشروع الفرنسي الايطالي بما يأتي : « اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل مع ما حصل عليه بموجب العقد ، أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يفترض ، تبعا للظروف ، أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضي ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن

Art. 138. Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes (١) mœurs est nul. Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation on promet ou que l'on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante.

Art. 21. En cas de disproportion évidente entre la presta- (٢) tion promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de son gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience.

يبطل العقد ، أو أن ينقص الالتزامات ^(١) .

هذه نصوص في الغبن تضع نظرية عامة له ، وتجعله يتمشى على كل العقود ، فلا تخص عقداً دون آخر . وكل عقد تحقق الغبن فيه وكان هذا الغبن نتيجة استغلال أحد المتعاقدين للثاني ، يكون باطلاً . حكم شامل يحقق العدالة في جميع العقود . وتشارك هذه النصوص في أنها تنظر جميعها إلى الغبن نظرة شخصية لا نظرة مادية ، فهو فيها مظهر من مظاهر عيوب الرضاء ، لأنه ، وهو نتيجة استغلال الحاجة أو الخفة أو عدم التجربة ، يكون قد وقع بناء على إكراه أو غلط أو تدليس . وتشارك هذه النصوص في شيء آخر ، فهي جميعها تضع للغبن معياراً مرناً لا قاعدة جامدة ، فلا يقدر الغبن برقم محدود ، كما هو الأمر في التقنين الفرنسي والمصري ، بل الغبن هو اختلال فادح في التعادل ، أو هو اختلال واضح أو هو انحراف عن كل تعادل .

ويستطيع مشرعنا أن يقارن ما بين هذه النصوص ، ويختار لنفسه نصاً يصل منه إلى تقرير مبدأ عام في الغبن ، ليس موجوداً في تشريعنا الحاضر .

الرفع بعدم التنفيذ : (*exceptio non adimpleti contractus*) :
لا يوجد في تقنيننا ولا في التقنين الفرنسي ، نص عام على هذا الدفع ، مع أهميته :
ونحن إنما نصل إلى تقريره من طريق جمع تطبيقات له متفرقة ، نص عليها التقنين ، واستنباط قاعدة كلية من هذه الجزئيات ،

أما التقنينات الحديثة فقد أوردت نصوصاً عامة في هذا الدفع ، يجدر بنا أن نتأمل فيها ، فقد نصت المادة ٣٢٠ من التقنين الألماني على ما يأتي : « كل

Art. 22. Si les obligations de l'un des contractants sont hors (١)
de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec
la prestation de l'autre, de telle sorte que, suivant les circonstances,
il soit à présumer que son consentement n'a pas été suffisamment
libre, le juge peut, sur la demande de la partie lésée, annuler le
contrat ou réduire les obligations.

من كان ملتزماً بموجب عقد ملزم للجانبين ، يجوز له أن يمتنع عن القيام بالتزامه ، حتى يتحقق تنفيذ الالتزام المقابل ، إلا إذا كان قد التزم بتنفيذ التزامه أولاً^(١).

ونصت المادة ٨٢ من قانون الالتزامات والسويزرى على أن « من يطالب بتنفيذ عقد ملزم للجانبين يجب أن يكون قد نفذ ، أو عرض أن ينفذ ، التزامه هو ، إلا إذا كان متنعاً بأجل مشروط في العقد أو مستخلص من طبيعته^(٢) ».

وتقضى المادة ٤٨ من المشروع الفرنسى الإبطالى بأنه « فى العقود الملزمة للجانبين ، يجوز لكل متعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر ما التزم به هو ، ما لم يكن قد تحدت مواعيد مختلفة لتنفيذ الالتزامين^(٣) ».

على أننا نلاحظ على كل هذه النصوص أنها مقصورة على دائرة العقود الملزمة للجانبين ، مع أن الدفع بعدم التنفيذ أوسع نطاقاً من هذه الدائرة . فحيث يوجد شخصان ملتزمان كل منهما للآخر ، سواء نشأ الالتزامان أو أحدهما من عقد ملزم للجانبين ، أو من عقد ملزم لجانب واحد ، أو من غير عقد أصلاً ، وكان هناك ارتباط ما بين هذين الالتزامين ، فلا يجوز لأحدهما أن يطالب الآخر بتنفيذ التزامه ، ما لم يقم من جانبه بتنفيذ ما التزم به . فنحن نرسم بهذا المبدأ

Art. 320. Quiconque est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique peut refuser la prestation qui lui incombe jusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée, à moins qu'il ne soit obligé d'exécuter le premier.

Art. 82. Celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un terme d'après les clauses ou la nature du contrat.

Art. 48. Dans les contrats synallagmatiques, chaque contractant peut refuser d'exécuter son obligation si l'auteur n'exécute pas la sienne, à moins qu'il n'ait fixé des dates différentes pour l'exécution des deux obligations.

دائرة واسعة للدفع بعدم التنفيذ . ونرى ربط ما نسميه « حق الحبس » بهذا الدفع فحاق الحبس هذا التطبيق من تطبيقاته ، وليس هو بالحق العيني كما زعم مشرعنا (م ١٩/٥) .

الاشتراط لمصلحة الغير : تطور هذا المبدأ تطورا خطيرا . وكان قد ورد في التقنين الفرنسي على أنه استثناء ضيق من القاعدة التي تقضى بأن العقد لا يكسب حقا للغير ، وحدد هذا الاستثناء بقيود معروفة . وورد في التقنين المصري في عبارة غامضة ، أشرنا إليها غير مرة ، ثم ما لبث أن قضى بالمبدأ العكسي ، حيث قرر المشرع المصري أن العقود لا تترتب عليها منفعة لغير عاقلديها . فجاء هذا المبدأ الخطير مضطربا حائرا في كل من التقنينين . ويستحيل على من يقرأ النصوص التي وردت فيهما متعلقة بهذا المبدأ أن يدرك منها أن الاشتراط لمصلحة الغير لم يعد استثناء ، بل أصبح هو القاعدة ، بحيث يجوز لكل شخص أن يتعاقد مع آخر ، مشروطا حقا يكسبه الغير من هذا التعاقد .

وهذا ما تولت التقنينات الحديثة تقريره في وضوح وجلاء . قرر التقنين الألماني هذا المبدأ العام في المادة ٣٢٨ . وهي تقضى بأنه « يجوز اشتراط القيام بالتزام للغير ، بمقتضى عقد ، يكسب الغير منه مباشرة حق تقاضى هذا الالتزام ^(١) » . ثم أورد نصوصا أخرى كثيرة ، تفصل قواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، وهي القواعد المعروفة .

أما قانون الالتزامات السويسرى فقد نص في المادة ١١٢ على أن « من اشترط ، وهو يتعاقد باسمه ، التزاما لمصلحة الغير ، كان له الحق في أن يطلب تنفيذ هذا الالتزام لفائدة الغير . ويجوز للغير أيضا ، ولخلفه ، أن يطلب التنفيذ

Art. 328. Par contrat peut être stipulée une prestation à (١) faire à un tiers avec cet effet que le tiers acquière directement le droit de poursuivre la prestation.

بنفسه ، اذا كان هذا هو نية المتعاقدين ، أو قضى الغرف بذلك ^(١) .
وينص المشروع الفرنسى الايطالى فى المادة ٤٥ على ما يأتى : « يجوز أن يشترط شخص ، يتعاقد باسمه ، حقا للغير ، اذا كان له مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، فى تنفيذ هذا الالتزام . ويكسب الغير ، بمقتضى هذا الاشتراط ، حقا فى ذمة المتعهد ، اذا لم يوجد اتفاق يقضى بعكس ذلك . على أن للمشتراط أن ينقض ما اشترطه ، الى أن يعلن الغير ارادته فى أن ينتفع بالحق ^(٢) » .
وكل هذه نصوص صريحة فى جواز الاشتراط لمصلحة الغير ، يجدر بنا أن نحتليها فى تقنيننا الجديد .

نصوص اخرى : ويضيق بنا المقام ، لو ذكرنا كل النصوص التى يصح أن نتهدى بها فى التقنيات الحديثة . فنكتفى هنا بالإشارة الى بعضها . فمن ذلك النص الخاص بنظرية تحويل المقد فى القانون الألمانى (م . ١٤٠) . والنصوص الخاصة بمسئولية عديم التمييز مسئولية تقصيرية (أنظر م ٨٢٩ ألمانى وم ٥٤ التزامات سويسرى وم ٧٦ من المشروع الفرنسى الايطالى) . والنصوص الخاصة بقاعدة الاتراء بلا سبب (أنظر م ٨١٢ ألمانى — وم ٦٢ من قانون الالتزامات السويسرى وم ٧٣ من المشروع الفرنسى الايطالى) . والنصوص الخاصة بجواز حوالة الدين ، على نسق حوالة الحق (أنظر م ٤١٤ الى ٤١٩ من التقنين الألمانى وم ١٧٥ الى ١٨٣ من قانون الالتزامات السويسرى) . وغير ذلك .

Art. 112. Celui qui, en agissant en son propre nom, a stipulé (١) une obligation en faveur d'un tiers a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers. Le tiers ou ses ayants droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution, lorsque telle a été l'intention des parties ou tel est l'usage.

Art. 45. On peut stipuler en son propre nom au profit d'un (٢) tiers lorsqu'on a un intérêt personnel, matériel ou moral, à l'exécution de l'obligation. Par l'effet de la stipulation et sauf convention contraire, le tiers acquiert un droit contre le promettant : toutefois, celui qui a fait cette stipulation peut la révoquer jusqu'à ce que le tiers ait déclaré vouloir en profiter.

ولا ننسى أن حركة التقنين الحديثة تنتظم جميع البلاد ، وإن كل تقنين حديث يظهر يحمل أثر التقنينات التى سبقته . فالتقنين السويسرى أخذ من التقنين الألمانى ، والمشروع الفرنسى الايطالى أخذ عن كل من التقنينين . وعن هذه التقنينات أخذ غيرها من التقنينات الأخرى . فهناك ارتباط لا ينكر بين التقنينات الحديثة بعضها ببعض الآخر . ولا يسع أمة أن تنعزل فى تقنينها عن تقنينات غيرها من الأمم ، والا حرمت نفسها من ثمرات تجارب هذه الأمم دون أن تستفيد من عزلتها شيئا . وإنما يطلب من الأمة الرشيدة ألا تقلد غيرها تقليدا أعمى ، فلا تنقل عن تشريع أجنبي الا ما يتلاءم مع حالتها .

ج - الشريعة الاسلامية

أهمية الشريعة الاسلامية من الناحية التاريخية : يجب أن نتال الشريعة الاسلامية نصيبا كبيرا ، من عناية للشرع المصرى عند تنقيح التقنين . فقد كانت شريعة البلد قبل العمل بالقوانين الحالية . ولا تزال شريعة البلد فى قسم كبير من القانون المدنى ، هو قسم الأحوال الشخصية ، وفى بعض موضوعات من قانون المعاملات .

واستقاء تشريعنا ، بقدر الامكان ، من مصدر الشريعة الاسلامية عمل يتفق مع تقاليدنا القانونية القديمة ، ويستقيم مع النظر الصحيح من أن القانون لا يخلق خلقا ، بل ينمو ويتطور ، ويتصل حاضره بماضيه .

أهمية الشريعة الاسلامية من الناحية العلمية : هذا من الناحية التاريخية . أما من الناحية العلمية ، فالشريعة الاسلامية تعد فى نظر المنصفين من أرقى النظم القانونية فى العالم . وهى تصلح أن تكون دعامة من دعائم القانون للقارن . ولا نعرف فى تاريخ القانون نظاما قانونيا قام على دعائم ثابتة من المنطق القانونى الدقيق ، يضاهى منطق القانون الرومانى ، الا الشريعة الاسلامية .

فاذا كان لنا هذا التراث العظيم ، فكيف يجوز أن نفرط فيه ؟ لا نتردد فى الاشارة بوجوب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية فى

كثير من الموضوعات ، التي يكون الرجوع فيها الى هذه الأحكام ممكنا ، فإن منها ما يقوم على مبادئ تضاهاى أو تفوق أحدث المبادئ القانونية في العصر الحاضر . ولا يجوز أن ننخدع بهذه النظرية السطحية التي يلقبها البعض على الشريعة الاسلامية ، فيعتقد فيها عدم الصلاحية والجود ، فانها نظرة خاطئة . فالشريعة الاسلامية قد تطورت كثيرا ، وتستطيع أن تتطور ، حتى تماشى المدنية الحاضرة . وقد أنصفها الدكتور انريكو انساباتو (Enrico Insabato) حين قال : « ان الاسلام اذا كان محدودا غير متغير في شكله يتمشى بالرغم من ذلك مع مقتضيات الحاجات الظاهرة . فهو يستطيع أن يتطور ، دون أن يتضال ، في خلال القرون ، ويبقى محتفظا بكامل ماله من قوة الحياة والمرونة (ولا يجوز) أن تهدم يد الخلافة هذا الهيكل العظيم من العلوم الاسلامية ، أو أن تغفله ، أو أن تمسه بسوء ، فهو الذى أعطى للعالم أرسخ الشرائع ثباتا ، شريعة تفوق في كثير من تفاصيلها الشرائع الأوروبية ^(١) » . وينصح الأستاذ بيولا كازيلي ، في مقاله الذى سبقت الاشارة اليه ، بالأخذ من مبادئ الشريعة الاسلامية ، فان هذا أكثر اتفقا مع روح البلد القانونية ^(٢) .

(١) الدكتور انساباتو : الاسلام وسياسة الحلفاء من ١٤٥ — ص ١٤٦ .
(٢) مجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٥ . واذا كان بعض المستشرقين ، كالاستاذين شنوك هير حرونج وجولد زيهر ، خيل له أن مبادئ الشريعة الاسلامية جامدة لا تتطور ، فذلك يرجع الى أن هؤلاء المستشرقين لبوا من رجال القانون ، فهم ينظرون الى الشريعة الاسلامية نظرة المؤرخ لا نظرة الفقيه ، والا قل رجال القانون ممن درسوا الشريعة الاسلامية بمخفقون مع هؤلاء المستشرقين في نظرهم الى الشريعة . ويكنى أن نشير الى الفقيه الالماني الكبير كوهلر (Kohler) والى الاستاذ الايطالى دلفشيو (Del Vecchio) حميد كلية الحقوق بروما والى المبدى الامريكى ويجمور (Wigmore) والى كمبرين غيرهم من الفقهاء ، يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الاسلامية من مرونة وقابلية للتطور ، ويضعونها الى جانب القانون الرومانى والقانون الانجليزى ، احصى الشرائع الاساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم .

وقد أشار الأستاذ لامبير (Lambert) ، الفقيه الفرنسى المعروف ، في المؤتمر الدولى للقانون المقارن الذى انعقد في مدينة لاهاي سنة ١٩٣٢ ، الى هذا التقدير الكبير للشريعة الاسلامية الذى بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا في العصر الحاضر (أنظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الخامس . القسم الافرنجى من ٣٠١ — ٣٠٢) .

هاجة الشريعة الاسلامية الى مبركة تجديد علمية : لا تنكر أن الشريعة الاسلامية فى حاجة الى حركة علمية قوية ، تعيد لها جدتها ، وتنفض ما تراكم عليها من غبار الركود الفكرى الذى ساد الشرق منذ أمد طويل ، وتكسر عنها أغلال التقليد الذى تقيد به المتأخرون من الفقهاء .

وقد اقترحنا فى كتاب « الخلافة »^(١) أن تتركز هذه الحركة العلمية على دراسة الشريعة الاسلامية طبقا للأساليب العلمية الحديثة وفى ضوء القانون المقارن . وتقوم هذه الدراسة الجديدة على أساس التمييز ما بين الأحكام الدينية والأحكام القانونية . فالأولى لا شأن لنا بها ، وإنما نغنى بالأخيرة . فتميز فيها بين حكم اقتضاه اقتران الدين بالفقه الاسلامى ، وهذا يبقى محترما ولكن فى العقيدة والقلب اذ هو مرتكز على الدين ، وحكم قائم على أساس المنطق القانونى المحض ، وهذا هو الذى يدخل فى دائرة بحثنا العلمى . ثم نميز أيضا ، فى هذه الأحكام القانونية المحضة ، بين المبادئ العامة الشاملة ، وهذه هى الأسس التى تبقى ، والأحكام التفصيلية التطبيقية ، وهذه هى التى تتطور حتى تماشى الزمن .

ولا ننسى أن بين المصادر الأربعة للشريعة الاسلامية مصدرا هو الاجماع ، نعتبره مفتاح التطور فى هذه الشريعة ، فهو الذى يكفل لها حياة متجددة تتمشى مع مقتضيات المدينيات المتغيرة .

ظهر الاجماع ، فى أول مراحل ، فأعطى للعادات مكانا بين المصادر القانونية . فكان مالك يأخذ باجماع أهل المدينة ، أى عاداتهم ، باعتبار أنهم اذا اعتادوا شيئا وأجمعوا عليه كان من ذلك قرينة على أنهم قلدوا فيه صاحب الرسالة وكان مقيا بين ظهرانيهم . ثم استخدم الفقهاء الاجماع ، فى مرحلة ثانية ، ليجعلوا من اتفاق الصحابة على رأى قانونا ملزما . واستخدموه ، فى مرحلة ثالثة ، ليخلص لهم هذا القانون الملزم من اتفاق الأجيال الأخرى من المجتهدين غير الصحابة .

(١) « الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية » : باريس سنة ١٩٢٦
ص ٥٨٠ — ٥٨٦ و ص ١٢ — ص ١٦ .

فالاجماع فى المرحلة الأولى كان شيئاً يصدر عن غير قصد ، بل عن غير شعور : عادة ألفها الناس فصارت محترمة . أما فى المرحلتين الأخيرين ، فهو يصدر عن شعور ، وإن لم يصدر عن اتفاق مقصود . فلو تطور الاجماع ، فى مراحل المنطقية ، وجب أن يصل الى مرحلة يصدر فيها عن هذا الاتفاق المقصود ، ولا يكتفى فيه بالاتفاق العرضى . فيجتمع المسلمون ، أو نواب عنهم ، ويستعرضون مسائلهم ويقررون فيها أحكاماً تتفق مع حضارة زمنهم ، وهذه الأحكام تكون تشريعاً . وبذلك يكون الاجماع عنصر التجديد فى الشريعة الإسلامية ، يحتفظ لها بمرونتها وبقدرتها على التطور .

صلاحيات الشريعة الإسلامية ، حتى فى حالتها الراهنة ، لأنه تكونه
مصدراً للتقنين المصرى : ومهما يكن من أمر الشريعة الإسلامية ، وحاجتها الى حركة التجديد التى تشير اليها ، فإنها ، حتى فى حالتها الراهنة ، تصلح مصدراً خصباً يستمد منه المشرع المصرى كثيراً من المبادئ القانونية فى تقنينه الجديد .
وما لنا نذهب بعيداً . ألم يأخذ المشرع المصرى فعلاً بكثير من أحكام الشريعة الإسلامية فى تشريعنا الحاضر . وهذه محاکنا الأهلية والمختلطة — دع الحاكم الشرعية — تطبق كل يوم هذه الأحكام فى الوقف والشفعة والأهلية وغيرها من المسائل المتخلطة فى صميم المعاملات المدنية . ألم تطبق هذه الأحكام على المصريين والأجانب على السواء ، فلم يشعر أحد أنها دون أحكام القوانين الحديثة الراقية ؟ ألم تقنن أحكام الشريعة الإسلامية فى بعض الموضوعات ، كالشفعة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، فلم يضق التقنين بها ، بل جعلها تبرز فى حلة لم ينكر معها أحد على الشريعة صلاحيتها للتقنين والتطبيق ؟

لماذا تردد اذن فى الماضى فى هذا الطريق ، وقد سار فيه مشرعنا ، منذ خمسين عاماً ، شوطاً بعيداً ، نتعقبه فيه هنا . فنذكر ما أخذنا قانوناً بالفعل من الشريعة الإسلامية . ثم نبين بعد ذلك ما لا يزال ممكناً أن نأخذ به من مبادئ الشريعة فى تقنيننا الجديد .

ما أنجزه القانون المصري من الشريعة الإسلامية

الأحوال الشخصية : لا تقتصر على الإشارة إلى أن نصف القانون المدني ، وهو القسم المتعلق بالأحوال الشخصية تطبق فيه أحكام الشريعة الإسلامية ، ولا إلى أن هناك كثيرا من المسائل التي تنقسمها الأحوال الشخصية والمعاملات ، كالحبة والوقف والحكر ، يرجع فيها إلى أحكام هذه الشريعة . ولكن نريد أن نبين أن المشرع المصري لم يفعل الشريعة الإسلامية حتى في القسم الخاص بالمعاملات المحضة .

المعاملات : أخذ مشرعا ، في القانونين الأهلي والمختلط ، عن الشريعة الإسلامية في المعاملات بعضا من نظمها الرئيسية كالشفعة ، وبعضا من أحكامها التفصيلية مما سنشير إليه فيما يلي . وهذه الأحكام تطبقها المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية على المسلمين وغير المسلمين ، والمصريين وغير المصريين . وقد أثبتت التجارب صلاحيتها للتطبيق على غير المسلم .

ولم يكن لمشرعنا خطة منطقية ظاهرة في الأخذ ببعض أحكام الشريعة الإسلامية . والظاهر أنه لم يضع لنفسه خطة ما . بل التقط بعض أحكام هذه الشريعة ، ووضعها في أماكن متفرقة من التقنين ، أهمها حقوق الارتفاق وأسباب اكتساب الملكية وعقد البيع والإيجار . وقد دفعه إلى ذلك أسباب مختلفة .

الأسباب التي صممت المشرع المصري على الأخذ من الشريعة الإسلامية : فهو تارة يحترم عادات البلاد وتقاليدها ، خصوصا في الحقوق العينية وفي العقود كثيرة الذبوع ، كما فعل في حقوق الارتفاق وفي اكتساب حق الملكية بالشفعة وفي جعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، وكما فعل في بعض أحكام البيع والإيجار .

وهو طورا يتأثر في الحكم الذي ينقله بصلته الوثيقة بقانون الأحوال الشخصية ، كما في بيع المريض مرض الموت ، فقد أنزله على حكم الوصية .

وهو ثلاثة يخضع في ايراد الحكم للمنطق القانوني الصحيح . فيعدل عن قاعدة في القانون الفرنسي الى أخرى مختلفة عنها في الشريعة الاسلامية ، لأن هذه أكثر تشميا مع القواعد العامة . كما فعل في تحميل هلاك الشيء المبيع المعين قبل التسليم للبائع لا للمشتري .

وهو رابعة ينقل الحكم من الشريعة الاسلامية ، حتى لا يتورط في نقل مبادئ القانون الفرنسي الى بلد لم تألفها ، كما فعل في اشتراط قبول المدين الحوالة الحق في القانون الأهلي دون المختلط .

كيف اتصل المشرع المصري بمصادر الشريعة الاسلامية : أما كيف اتصل مشرعنا بالشريعة الاسلامية ، فذلك ما ليس بجلي في تاريخ وضع تقنيناتنا . والظاهر أن اتصاله بها كان محدودا . ولم يكن ما نوري ولا موريوندو بالتصلين اتصالا خاصا بهذه الشريعة . ولو أنها كانا يعرفانها معرفة كافية ، لكان من المحتمل أن يستفيدا منها أكثر مما فعلا . وقد كانا ، قبل أن يعهد اليهما بوضع التقنين المصري ، محامين يمارسان مهنتهما في مصر . فمن المحتمل أنهما اتصلوا بالشريعة الاسلامية أثناء ممارستهما للمحاماة وبحكم اقامتهما في مصر ، فان كثيرا من الأقضية بين المصريين والأجانب كان يحتاج فيها الى معرفة أحكام الشريعة الاسلامية . ثم انهما ، بعد أن عهد اليهما بوضع التقنين ، كان لا بد لهما من التعرف ببعض أحكام هذه الشريعة التي كانت قانون البلد في ذلك العصر . ولا تزال نجعل الى أى مصدر لجأ لمعرفة هذه الأحكام . قد يكون الأمر مقصورا على أنهما اتصلوا ببعض فقهاء الشريعة الاسلامية الرسميين وبعض علماء الأثر الشريف ، وقد قدمنا أن موريوندو كان يستعين بالأستاذ الجراوى مفتى نظارة الحقاينة في ذلك الوقت . وقد يكونان ذهبا مباشرة الى مصادر الشريعة الاسلامية في كتبها المؤلفة أو للترجمة ، وأن كان ذلك بعيد الاحتمال . وقد يكونان امتعانا بالجلية العثمانية ، وقد قننت فيها أحكام الشريعة الاسلامية ، وكان ظهورها حديثا في ذلك العصر (سنة ١٨٦٩) . أما كتب المرحوم قدرى باشا فلم تكن قد

ظهرت بعد ، وان كان من الممكن أن يكون قد استعين بقدرى باشا نفسه ، وكان ناظراً للحقانية في سنة ١٨٨١ .

ومهما يكن من الأمر ، فإن الثابت شيان : الأول أن مانورى هو الذى بدأ الأخذ بالشريعة الاسلامية في بعض أحكامها في التقنين المختلط الذى وضعه . وقد قلده موريوندو فيما أخذه ، وقلما حاد عنه في ذلك ، فما عدا بعض مسائل تفصيلية (كحذف بيع المحصول المستقبل ، وكإضافة وجوب رضاء الحال عليه في حوالة الحق) فإن نصيب التقنين الأهلى من الشريعة الاسلامية هو نفس نصيب التقنين المختلط . والشئ الثانى أن كلا من مانورى وموريوندو كانا محدودى العلم بأحكام الشريعة الاسلامية ، الى حد أنها كانا يخطئان في ثقلها في بعض الأحوال ، كما فعلا في بيع المريض مرض الموت .

تفصيل ما أعتمد المشرع المصرى من الشريعة الاسلامية : والآن نذكر الأحكام التى استمدها المشرع المصرى من الشريعة الاسلامية ، وهى متصلة بالموضوعات الآتية : حقوق الارتفاق وأسباب اكتساب الملكية والبيع والحوالة والايجار والكفالة .

مقوى الارتفاق :

(١) قل المشرع المصرى الأحكام المتعلقة بالموال والسفل عن الشريعة الاسلامية . فليس في القانون الفرنسى الا نص واحد مقتضب في هذا الموضوع ، هو المادة ٦٦٤ . أما القانون المصرى ، فعلى ايجازه قد تضمن أربع مواد (٥٥/٣٤ - ٥٨/٣٧) ، اذا قوبلت بأحكام الشريعة الاسلامية (انظر م ٦٤ - ٦٨ من كتاب مرشد الحيران) أمكن أن نلاحظ التشابه الكبير بينها .

(٢) وفي الحائط المشترك أورد المشرع المصرى نصا (م ٥٩/٣٨ - ٦٠) يختلف في الحكم عن نص القانون الفرنسى (م ٦٥٣) ، ويتفق مع حكم الشريعة الاسلامية (انظر م ٦٩ من كتاب مرشد الحيران) .

(٣) وقد أورد المشرع المصرى في أول نص تكلم فيه على حقوق

الارتفاق (م ٥١/٣٠) حكما يقضى بالرجوع الى عرف البلد ، وعرف البلد هنا هو الشريعة الاسلامية ، وقد فسرته المحاكم بذلك .

أسباب اكتساب الملكية :

(٤) وفي أسباب اكتساب الملكية أخذ المشرع المصرى بسبب منها ، لا يعرفه القانون الفرنسى ، وهو الشفعة . وقد استمد أحكامها من الشريعة الاسلامية ، ثم صدر قانون معدل لهذه الأحكام (٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ للمحاكم المختلطة و ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ للمحاكم الأهلية) . ولكنه لم يعد مبادئ الشريعة الاسلامية ، كالتقنين الذى سبقه .

(٥) وفي التقادم خالف المشرع المصرى القانون الفرنسى فى تحديد مدته الطويلة ، فجعلها خمس عشرة سنة بدلا من ثلاثين ، متفقا فى هذا مع الشريعة الاسلامية . وأتقص المدة القصيرة تبعا لذلك الى خمس سنوات . وفى الوقف والميراث تأخذ المحاكم بمدة التقادم فى الشريعة الاسلامية وهى ثلاث وثلاثون سنة . على أن هناك فرقا بين تقادم الشريعة الاسلامية وتقدم القانون المصرى المأخوذ من القانون الفرنسى ، فى أن التقادم الأول مقصور على منع سماع الدعوى ، أما التقادم الآخر فوسيلة لكسب أو اسقاط الحق ذاته .

البيع : وقد أخذ المشرع المصرى فى البيع أحكاما كثيرة عن الشريعة الاسلامية :

(٦) فأخذ بخيار الرؤية ، ونقل أحكام هذا الخيار عن الشريعة الاسلامية ، فى النصوص التى وضعها لذلك (م ٢٥٠ — ٢٥٣/٣١٦ — ٣١٨) .

(٧) وأخذ بحكم الشريعة الاسلامية فى بيع المريض مرض الموت ، وجعل هذا البيع فى حكم الوصية (م ٢٥٤ — ٢٥٦/٣٢٠ — ٣٢٣) .

(٨) وأخذ القانون المختلط ، دون القانون الأهلى ، بحكم الشريعة الاسلامية فى تحريم بيع المحصولات المستقبلية (انظر م ٣٣٠ — ٣٣١) .

(٩) وكذلك أخذ القانون المختلط بسقوط حق البائع فى حبس الشيء المبيع

إذا حول بالثمن على المشتري . فنصت المادة ٣٥٢ مختلط على أنه ليس للبائع أن يتمتع من التسليم إذا حول على المشتري بجميع الثمن أو بجزء منه . ولا مقابل لهذا النص فى القانون الأهلى ، ولا فى القانون الفرنسى . وحكم النص متفق مع حكم الشريعة الاسلامية ، وقد أورد صاحب كتاب مرشد الخيران هذا الحكم كما يأتى : م ٥٦٤ : إذا أحال البائع أحدا على المشتري بكل الثمن ان لم يكن قبض منه شيئا ، أو بما بقى له منه ان كان لم يقبضه كله ، وقبل المشتري الحوالة ، سقط حق البائع فى حبس المبيع . ثم كمل هذا الحكم بما ورد فى المادة ٥١١ من كتاب مرشد الخيران ، ونفسها ما يأتى : « إذا أحال البائع بالثمن على المشتري ، فدفعه الى المحال ، ثم استحق المبيع بالبيئة ، يرجع المشتري بالثمن على البائع لا على المحتال » .

(١٠) وأهم حكم فى البيع أخذه المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية هو حكم هلاك الشيء المبيع قبل التسليم اذا كان معينا ، فانه يهلك على البائع طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، وقد نقل القانون المصرى هذا الحكم عنها (م ٣٧١/٢٩٧) ، دون القانون الفرنسى الذى يجعل الهلاك على المالك وهو المشتري (م ١١٣٨ فرنسى) . وحكم الشريعة الاسلامية أكثر تمشيا مع القواعد العامة ، فانه متى ثبت أن البائع لا يستطيع تسليم الشيء المبيع هلاكا فى يده ، فقد عجز عن القيام بأحد التزاماته وهو الالتزام بالتسليم ، وأمكن المشتري أن يفسخ البيع ، وأن يسترد الثمن اذا كان قد دفعه ، فيتحمل البائع تبعه الهلاك .

(١١) وفى ضمان العيب الخفى ، أخذ المشرع المصرى بحكم الشريعة الاسلامية فى حالة بيع جملة أشياء معينة ، ظهر ببعضها عيب قبل التسليم أو بعده ، فنص على فسخ البيع فى كل المبيع اذا ظهر العيب قبل التسليم (م ٣١٦/٣٩٠) ، وعلى فسخه فيما ظهر فيه العيب فقط اذا لم يترتب على قسمة المبيع ضرر ، اذا ظهر العيب بعد التسليم (م ٣١٧/٣٩١ — ٣٩٢) . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية (م ٥٣٣ وم ٥٣٤ من كتاب مرشد الخيران) ، ولا مقابل لهذه النصوص فى القانون الفرنسى .

كذلك اذا حدث بالبيع عيب جديد الى جانب العيب القديم ، فقد أورد القانون المختلط (م ٣٩٩ و م ٤٠١) ، دون القانون الأهلى ، حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك (م ٥٣٧ و ٥٣٨ من كتاب مرشد الحيران) . وليس فى القانون الفرنسى مقابل لذلك .

وقل المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية طريقة انقاص الثمن فى الأحوال التى يجوز فيها للمشتري طلب ذلك ، رجوعا بضمان العيب الخفى . فىكون باعتبار قيمة المبيع خاليا من العيب وقيمته معيبا وتطبيق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه (م ٣١٩/٣٩٤) . وهذا ما تقرره الشريعة الاسلامية ، اذ يقوم المبيع سالما ، ثم يقوم معيبا . وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى ، وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان (م ٥٣٩ مرشد الحيران) . أما القانون الفرنسى ، فلا يفصل طريقا لانقاص الثمن ، بل يكمل الأمر فى ذلك لأهل الخبرة (م ١٦٤٤ فرنسى) .

(١٢) وفى الغبن يأخذ المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية دون القانون الفرنسى . فلا يجوز الطعن فى البيع للغبن الا اذا كان البائع قاصرا مغبونا فى أكثر من خمس قيمة العقار (م ٣٣٦ / ٤١٩) ، وهذا هو المقدار الذى تقدره الشريعة الاسلامية للغبن الفاحش ، وتقصره على القاصر دون البالغ (م ٣٠٠ و م ٥٤٦ من مرشد الحيران) . أما القانون الفرنسى فيعطى حق الطعن بالغبن للبالغ أيضا ، ويتطلب أن يكون مقدار الغبن زائدا على $\frac{7}{11}$ من قيمة الشئ المبيع (م ١٦٧٤ فرنسى) . على أن القانون الفرنسى المصرى يختلف عن الشريعة الاسلامية فى أنه يقصر دعوى الغبن على العقار دون المنقول ، ويعطى البائع الحق فى تسكلة الثمن لا فى البطلان .

الحوالة :

(١٣) ويتطلب القانون الأهلى ، دون القانون المختلط ، رضا المدين

في حوالة الحق (م ٣٤٩) ، جريا على حكم الشريعة الاسلامية في ذلك (م ٨٨٢ مرشد الحيران) .

الامثلة :

(١٤) وفي الامثال يلزم القانون المصرى المؤجر بتسليم العين في الحالة التي هي عليها (م ٤٥٢/٣٦٩) ، ولا يكلفه القيام بعمل أى مرممة (م ٤٥٣/٣٧٠) ، متفقا في هذا مع حكم الشريعة الاسلامية (م ٦٤٢ و ٦٤٥ من كتاب مرشد الحيران) ، ومختلفا مع حكم القانون الفرنسى ، الذى يوجب تسليم العين في حالة حسنة من الترميم ويلزم المؤجر باجراء الترميمات اللازمة (م ١٧٢٠ فرنسى) .

(١٥) ونقل المشرع المصرى حكم غرس الأشجار في الأرض المؤجرة (م ٣٩٤ - ٤٨١/٣٩٥ - ٤٨٢) من الشريعة الاسلامية (م ٦٧٧ من كتاب مرشد الحيران) . ولا مقابل لذلك في القانون الفرنسى . ولم تفرق الشريعة الاسلامية ، دون مبرر لذلك ، بين الأشجار والبناء ، كما فعل القانون المصرى .

الكفالة :

(١٦) ونقل المشرع المصرى حكم كفالة النفس (م ٦٢٠/٥٠٨ - ٦٢١) عن الشريعة الاسلامية (م ٨٤٨ - ٨٥١ من كتاب مرشد الحيران) . ولا مقابل لهذه النصوص في القانون الفرنسى .

ما يمكن اخذه من الشريعة الاسلامية عند مراجعة التقنين المصرى
أولاً : منطوقاً لمؤقتة باس من أهم مبادئ الشريعة الاسلامية : على أن ما يمكن أخذه من مبادئ الشريعة الاسلامية ، مما يتماشى مع أرقى وأحدث المبادئ القانونية ، هو أجل شأننا وأكبر خطراً مما أخذه مشرعنا المصرى .
و ثانياً : أولاً اسلوباً منطقياً نجري عليه في الاقتباس من أحكام الشريعة الاسلامية عند مراجعة التقنين . وعندنا أن الشريعة الاسلامية يفيد الرجوع اليها في شيئين : (أولاً) في ترقية مبادئ القانون المصرى ، (ثانياً) في سد وجوه النقص فيه .

أما ترقية مبادئ التشريع فذلك يكون على وجهين : (١) من طريق النظريات العامة التي تتمشى على جميع نواحي القانون. فهناك من هذه النظريات ما ننجده في الشريعة الإسلامية متفقاً مع أحدث النظريات التي تقررها القوانين الحديثة . فمثل هذه النظريات يجب ألا تتردد في الأخذ به ، لا لأنه مقرر في القوانين الحديثة ، فهذا وحده لا يكفي ، إذ قد تقرر هذه القوانين نظريات صالحة للبلاد التي نبتت فيها ، ولكنها لا تصلح لنا . وإنما نأخذ لأن الشريعة الإسلامية وهي شريعة البلاد في الماضي ولا تزال جزءاً من شريعته في الحاضر ، قد أخذت بهذه المبادئ ، فهي إذن مبادئ تتفق مع تقاليدنا القانونية . (٢) هناك مبادئ قانونية أقل شيوعاً من النظريات المتقدمة . وهي مبادئ أخذت في الظهور في بعض القوانين الحديثة . ولا تزال محللاً للنظر والمقنن المصري سيقف أمامها في شيء من الحيرة ، يأخذ بها أم يدعها . فيستطيع أن يستعين بالشريعة الإسلامية ، ليبت في موقفه منها . فإن كان لها أصل في الشريعة كان هذا مرجحاً للأخذ بها في التقنين المصري .

أما سد وجوه النقص في التشريع المصري فذلك يكون أيضاً على وجهين : (١) هناك أحكام تنقص تشريعنا ، ولا يزال مكانها شاغراً لم يملأه القضاء ، ونحسن كثيراً لو ملأنا هذا المكان بأحكام الشريعة الإسلامية ، مما يكون أقرب لتقاليدنا ، وهو بعد متفق مع المبادئ القانونية الحديثة ، بل قد يكون أرقى منها . (٢) ثم إن هناك وجوه نقص في التشريع المصري ، قد سدها القضاء بأحكامه . وقد اتفق القضاء في هذه المسائل مع ما قرره الشريعة الإسلامية فيها من الأحكام . فנסجل في تقنيننا الجديد هذه الأحكام ، مستنديين فيها إلى القضاء وإلى الشريعة الإسلامية .

ونحن نقتصر هنا على إيراد بعض الأمثلة لكل من الوجوه الأربعة المتقدمة . ولا نحاول الحصر في أي وجه منها ، فذلك مما يضيّق به نطاق هذا البحث .

نظريات عامة تنمى على جميع نواحي القانون : تقتصر هنا على بيان النزعة للمادية المتغلبة فى الشريعة الاسلامية ، والتي يمكن أن نستفيد منها عند مراجعة التقنين المدنى ، ونظرية سوء استعمال الحق المعروفة .

(١) النزعة المادية فى الشريعة الاسلامية : يمكن تقسيم الشرائع الى قوانين تتغلب فيها النزعة الشخصية أو النفسية ، وهذه هى الشرائع اللاتينية بوجه عام . وأخرى تتغلب فيها النزعة المادية أو الموضوعية ، وهى الشرائع الجرمانية والشريعة الانجليزية .

وتختلف هذه الشرائع بعضها عن البعض الآخر فى نظرتها الى النظم القانونية . فالشرائع الشخصية تغلب فى الالتزام عنصره الشخصى دون موضوعه المادى . وتنظر الى العقد نظرة شخصية ، فتعتبر الارادة الباطنة النفسية دون الارادة الظاهرة للمادية . واذا وضعت معايير فى معايير نفسية تعتبر فيها النية الباطنة ، لا معايير مادية يعتبر فيها العرف وما ألفتة الناس فى التعامل . وتجرى الشرائع ذات النزعة المادية على العكس من ذلك . والنزعة للمادية فى القانون دليل على تقدمه وحرصه على ثبات للمعاملات واستقرارها .

فاذا أردنا تحديد نزعة للشريعة الاسلامية ، فهذه النزعة مادية . واذا كانت العبرة فى هذه الشريعة بالمعنى دون الألفاظ ، الا أن المعانى التى تقف عندها هى التى تستخلص من الألفاظ . فالعبرة فيها بالارادة الظاهرة لا بالارادة الباطنة . ومن هنا تدقق الفقهاء ، فى كثير من المواطن ، فى تحديد معانى الألفاظ التى تصدر من الشخص ، ويرتبون على اختلافها اختلافًا فى الحكم . وهم فى ذلك ليسوا منتظمين يضحون المعنى للفظ ، كما يتوهم البعض ، بل هم يتلمسون من وراء هذا أن يقفوا عند الارادة الظاهرة ، التى يدل عليها اللفظ المستعمل ، حفظا لثبات المعاملات واستقرارها . ولا يجرون وراء النيات المستترة والضمائر الخفية ، مما لا يمكن معه ضبط التعامل . كذلك نجد معايير الشريعة الاسلامية معايير

مادية تنزل عند المألوف المتعارف بين الناس . وسيتبين ذلك بشيء من الوضوح في بعض النظريات التي نستعرضها فيما يلي .
ولا شك في أن تقنيننا المدني يكسب كثيرا لو أخذ شيئا من هذه النزعة المادية يمزج بها النزعة الشخصية المتغلغلة فيه من طريق القانون الفرنسي ، فتنزن نصوصه ، وتنضبط أحكامه .

(٢) نظرية سوء استعمال الحق : سبق أن أشرنا الى بعض نصوص في التقنينات الحديثة تقرر نظرية سوء استعمال الحق . وذكرنا أنه يجدر بالمشرع المصري أن يختار نصا يقرر به هذه النظرية الخطيرة في التقنين الجديد .

فإذا رجعنا الى الشريعة الاسلامية ، رأيناها تقرر نظرية سوء استعمال الحق في أوسع مدى ، ورأينا هذه النظرية أكثر تقدما في الشريعة الاسلامية منها في كثير من القوانين الغربية . فهي لا تقتصر على المعيار الشخصي الذي اقتضت عليه أكثر القوانين ، بل تضم اليه معيارا ماديا ، وتقيّد كل حق بالفرض الاجتماعي والاقتصادي الذي قرر من أجله . فيحسن أن يستند المشرع المصري ، في أخذه بهذه النظرية ، الى الشريعة الاسلامية ، ويتبع المعيار الذي أخذت به . وهناك تطبيقات تفصيلية كثيرة لهذه النظرية في الشريعة الاسلامية ، جديرة بأن يسجلها المشرع المصري في نصوص تشريعية في تقنينه الجديد . نكتفي منها هنا بذكر مثلين : (١) حقوق الجوار : وهي من أهم تطبيقات النظرية . والحق الذي يساء استعماله هنا هو حق الملكية ، يستعمله الجار فيسوء استعماله ويضر جاره . وليس في التقنين المصري الحالي نص على ذلك . أما القضاء فقد أخذ بأحكام الشريعة الاسلامية في هذه المسألة الخطيرة ، وقرر صراحة أنه يأخذ بهذه الأحكام . ونوردها هنا كما لخصها صاحب مرشد الحيران :

م ٥٧ : للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه ، فعلى حائطه ، ويبنى ما يريد ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا .

م ٥٩ : الضرر الفاحش ما يكون سببا لوهم البناء أو هدمه ، أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء . وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش .

م ٦٠ : يزال الضرر الفاحش ، سواء كان قديما أو حادثا .

م ٦١ : سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ لأحد أحداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه . وإن فعل ذلك فله الجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر .

م ٦٢ : رؤية المحل الذى هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ أحداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على محل نساء جاره . وإن أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر ، أما بسد الشباك أو ببناء ساتر . فإن كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان ، فليس للجار طلب سده .

م ٦٣ : ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا ، فأحدث غيره بجواره بناء مجددا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبايك الدار القديمة ، ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه .

وهذه الأحكام تتفق مع أرقى ما قرره القوانين الحديثة من المبادئ فى حقوق الجوار ^(١)

(ب) التنفيذ على أموال المدين : توجد نصوص فى القانون الفرنسى ، تلزم الدائن الرفق بمدينه عند التنفيذ على أمواله ، فبدأ ، اذا كان المدين قاصرا ، بالتنفيذ على المقتول ثم على العقار (م ٢٢٠٦ فرنسى) . ولا ينفذ على نصيب شائع لمالك للمدين ، قاصرا كان أو غير قاصر ، قبل افراز هذا النصيب (م ٢٢٠٥ فرنسى) . ولا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على عقار غير مرهون ، اذا كان العقار المرهون غير كاف للوفاء بمدينه (م ٢٢٠٩ فرنسى) . واذا

(١) قارن ما وضعه الأستاذ والتون من النصوص فى هذا الموضوع فى مقاله الذى سبقت الاشارة اليه (مجلة مصر العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٩٢ — ص ١٩٤) :

أثبت المدين أن ربيع عقاراته الصافي مدة سنة كاف لوفاء دينه ، وتنازل عن هذا الربيع للدائن ، أوقف القاضي اجراءات التنفيذ التي اتخذها الدائن (م ٢٢١٢ فرنسى) .

وليس لهذه النصوص مقابل فى التقنين المصرى . الا أن الواجب الرفق بالمدين فلا يتعسف الدائن فى التنفيذ ، والا كان مسيئا لاستعمال هذا الحق . وهذا هو المبدأ الذى قرره الشريعة الاسلامية . فقد جاء فى المادة ١٦٤ من كتاب مرشد الحيران ما يأتى : « اذا كان المالك مديونا ديننا ثابتا عليه شرعا ، يجوز نزع ملكه الزائد عن حوائجه الضرورية المحتاج اليها فى الحال ، ومنها مسكنه الضرورى ، اذا لم يكن له مال من جنس ما عليه من الدين الشرعى . ويبيع قضاء ، اذا امتنع عن بيعه بنفسه لقضاء دينه من ثمنه . ويبدأ فى البيع بالأيسر فالأيسر بقدر الدين » .

وما أولى بمشرعنا أن يقتبس من هذا النص ما يكفل به الرأفة بالمدين . فيكون متفقا فى ذلك مع مبادئ القانون الحديثة ، فضلا عن استناده الى الشريعة الاسلامية .

مبادئ قانونية لا تزال محمولا للنظر : نذكر من هذه المبادئ ، على سبيل التمثيل ، مسئولية عديم التمييز ، ونظرية تحمل التبعة ، وحالة الدين ، ونظرية الظروف الطارئة .

(١) **مسئولية عديم التمييز :** تبني الشرائع اللاتينية المسئولية التقصيرية على أساس نفسى هو الخطأ . وينبئ على ذلك أن الصبي غير المميز والمجنون ، وغيرهما ممن عدم التمييز وقد الارادة التى يعتد بها القانون ، لا يكونون مسئولين مسئولية تقصيرية ، لأن الخطأ لا يتصور صدورهم منهم . ومن هنا تقر فى القانون الفرنسى ، وفى القانون المصرى تبعا له ، أن عديم التمييز لا يكون مسئولاً عما يصدر عنه من الأعمال الضارة ، وانما المسئول هو من كان هذا الشخص تحت رعايته .

أما القوانين الحديثة ، لا سيما القوانين الجرمانية ، فقد عدلت عن هذا الأساس النفسى فى المسئولية عن العمل الضار . وأوجبّت مسئولية عديم التمييز الى قدر محدود . وحجتها فى ذلك أن الروابط المدنية غير الروابط الجنائية . وإذا كان مفهومهما ألا يعاقب شخص الا اذا توافرت عنده الارادة ، لأن هذه الارادة هى التى تبرر المسئولية الجنائية ، فليس بمفهوم أن شخصا ، يتسبب فى الحاق ضرر بمال شخص آخر ، لا يعوض هذا الضرر ، بدعوى أن الارادة تنقصه ، اذ الروابط المدنية انما توجد بين مال ومال ، لا بين شخص وشخص . فالمنطق يقضى بوجوب التعويض متى وجد الضرر ، وأن تبنى المسئولية المدنية على فكرة السببية لا على فكرة الخطأ .

وقد قضى القانون الألمانى فى المادة ٨٢٩ بأن عديم التمييز يلزم بتعويض الضرر الذى أحدثه للغير ، اذا لم يمكن الحصول على هذا التعويض من شخص مسئول عنه ، وبشرط ألا يتسبب عن دفعه التعويض حرمانه من الموارد الضرورية لعيشه . وقضى قانون الالتزامات السويسرى فى المادة ٥٤ بأنه يجوز للقاضى ، اذا اقتضت العدالة ذلك ، أن يلزم شخصا عديم التمييز بتعويض الضرر الذى أحدثه ، كله أو بعضه . ويميز المشروع الفرنسى الايطالى فى المادة ٧٦ للقاضى أن يحكم بتعويض عادل على شخص عديم التمييز ، عن الضرر الذى يصيب به الغير . وقضى قانون السوفييت المدنى (م ٤٠٦) بأنه يجوز للحكم بتعويض على عديم التمييز ، بعد الموازنة بين يساره ويسار المصاب . وكذلك قضى المشروع البولونى فى المادة ٢٩ بجواز الحكم بتعويض على عديم التمييز طبقا للظروف .

كل هذه نصوص تقرر مسئولية عديم التمييز فى شىء من التحفظ . فما عسى أن يكون موقف مشرعنا من هذه المسألة ؟ أبقى على المذهب النفسى اللاتينى الذى انتقل اليه من القانون الفرنسى ، أم يعدل عن هذا المذهب ويأخذ بالمعيار المادى الذى أخذت به القوانين الجرمانية والقوانين الحديثة بوجه عام ؟

نستفتى فى ذلك الشريعة الاسلامية . قراها تأخذ بالمعيار المادى دون

تحفظ . ونجدها تقرر أن الصبي اذا أتلّف مال غيره يلزمه الضمان من ماله ، ولو كان غير مميز . لأنه ، وان كان مجبوراً في الأصل ، حتى لا تعتبر تصرفاته القولية ، الا أنه لا يعنى من ضمان الضرر الذى نشأ عن فعله . وان لم يكن له مال ينتظر الى حين الميسرة (مجمع الضمانات ص ١٤٦) . حتى ان طفلاً ، يوم ولد ، لو اقلب على مال انسان فأتلّفه ، يلزمه الضمان . وكذا المجنون الذى لا يفيق ، اذا مزق ثوب انسان ، يلزمه الضمان (شرح المجلة ص ٥٣٤ قلا عن الهندية) . هذه هي أحكام الشريعة الاسلامية ، تEMPLA نرجح الأخذ بالمذهب المادى ، وهو مذهب القوانين الحديثة .

(٢) نظرية تحمل التبعة : ويتصل بما تقدم نظرية تحمل التبعة . فقد تمشى المعيار المادى فى المسؤولية التقصيرية الى حد أن قال قوم بحذف فكرة الخطأ بتاتا من هذه المسؤولية ، وجعل الغرم بالغنم . فن تسبب بنشاطه الاقتصادى ، الذى يستفيد منه ، فى احداث ضرر ، وجب أن يتحمل غرم هذا النشاط كما استفاد من غنمه ، حتى لو نشأ الضرر عن حادثة فجائية لا يد له فيها . هذه هي نظرية تحمل التبعة . وقد بدأت تسود فى الفقه الحديث . وأخذت بها بعض التشريعات فى أحوال معينة ، أخصها حوادث العمال وحوادث النقل .

أما القانون المصرى فهو بمنزل عن هذا . وقد قدمنا أن المسؤولية فيه مبنية على خطأ ثابت . والمحاكم المصرية لا تأخذ حتى بالخطأ المفترض الذى أخذت به المحاكم الفرنسية ، الا فى بعض أحكام قليلة سبقت الإشارة اليها . وأشد ما نشكو منه فى مصر هي حوادث النقل . فان وسائل النقل أصبحت قوية عنيفة ، ولها ضحايا كثيرون ، لا يستطيعون أن ينالوا تعويضا الا اذا أثبتوا خطأ فى جانب من تسبب فى اصابتهم ، ولما يتمكنون من ذلك .

فما عسى أن يكون موقف المشرع المصرى فى هذا الأمر عند مراجعة التقنين ؟ هل يجارى قضاء بعض المحاكم المصرية فيأخذ بنظرية تحمل التبعة فى حوادث النقل ، ويمشى فى ذلك مع التشريعات الحديثة . انه ان فعل وجد

مستنداً له فى الشريعة الاسلامية . فن أحكامها أن الائتلاف المباشر لا يشترط فيه التعمد أو التعدى . فإذا زلق أحد وسقط ، فأُتلف مال آخر ضمنه ، ولو كان قد زلق رغماً منه ، لأن الائتلاف هنا حدث مباشرة ، وللمباشر ضامن وإن لم يتعمد (مجمع الضمانات ص ١٤٦) . ولو أن دابة يركبها انسان داست شيئاً بيدها وأتلفتها ، يعد الراكب أنه أُلّف ذلك الشيء مباشرة ، فيضمن فى كل حال (أى دون تعمد أو تعد ، وبعبارة أخرى دون خطأ) . ومثل الراكب القائد والسائق (شرح المجلة ص ٥٠٨ وما بعدها) . فلو وضمنا الى جانب الدواب السيارات والمركبات البخارية والكهربائية والطائرات ونحوها ، وهنا ما استحدثته المدنية الحاضرة ، خلصنا من الشريعة الاسلامية بحكم يقرر مبدأ تحمل التبعة فى حوادث النقل .

(٣) **حوالة الدين** : من المقرر فى القوانين اللاتينية ، وفى القانون المصرى تبعاً لها ، أن الحق الشخصى تجوز حوالاته حقاً ، ولا تجوز حوالاته ديناً ، فيصح أن ينقل الدائن حقه الى دائن آخر ، ولكن لا يصح أن ينقل المدين دينه الى مدين يحل محله ، فإذا أريد نقل الدين وجب أن يكون ذلك بطريق تجديده ، والتجديد غير الحوالة .

وقد كان هذا الموقف الشاذ محلاً للنقد ، اذ نحن بين أن نعتبر الالتزام علاقة شخصية ، ونأخذ فى ذلك بالمذهب الشخصى ، فلا نجيز حوالة الحق كما لم نجيز حوالة الدين ، وبين أن نعتبره قيمة مالية ، ونأخذ فى ذلك بالمذهب المادى ، فنجيز حوالة الدين كما أجزنا حوالة الحق . أما أن نجيز حوالة الحق ولا نجيز حوالة الدين ، فهذا غير مفهوم . ولا يعترض على حوالة الدين بأن تغيير المدين قد يضر بالدائن ، لأننا نشترط رضا الدائن ، فإذا أحس ضرراً يصيبه من الحوالة ، فما عليه إلا أن يرفضها .

وقد قررت القوانين الحديثة التى أخذت بالمذهب المادى فى الالتزام جواز حوالة الدين . بل وجد من كبار الفقهاء الفرنسيين من يميزها فى التشريع الفرنسى

الحالى ، اذ لا يصطدم ذلك مع القواعد العامة التى يقرها ذلك التشريع ^(١) .
 فاذا أراد المشرع المصرى أن يكون موقفه فى هذه المسألة منطقيا ، وأن
 يتمشى فى الوقت ذاته مع ما يقتضيه التعامل من سهولة انتقال المال ، عينا كان
 أو دينا ، وجب أن يقرر جواز حوالة الدين ، ويجد مستند له فى الشريعة
 الاسلامية ، فهى تقرر ذلك ، وتقف فيه الى جانب القوانين ذات النزعة المادية .
 فيجوز أن يتفق كل من الدائن والمدين والغير (سواء كان هذا الغير مدينا للمدين
 أو غير مدين له طبقا للمذهب الحنفى) على أن ينتقل الدين الى الغير ، فيحل فيه
 محل المدين الأصل . ويتحول الدين على المحتال عليه بصفته التى على المحيل
 (م ٨٩٦ مرشد الخيران) ^(٢) .

(٤) نظرية الظروف الطارئة : هذه نظرية حديثة أخذ بها القضاء
 الادارى فى فرنسا ، وخفف بها من جود نظرية القوة القاهرة . فعنده أن تنفيذ
 الالتزام اذا أصبح مرهقا للمدين ، بسبب ظروف طارئة لم يكن يتوقعها ، ولم يكن
 يستطيع مهما كان بصيرا بالأمور أن يحسب لها حسابا وقت التعاقد ، جازله أن
 يطلب تخفيف التزامه . فالالتزام المدين لم ينقض اذن بالقوة القاهرة ، لأن تنفيذه
 لا يزال ممكنا ، وانما خفف لأنه أصبح مرهقا عسيرا . وقد أخذ القضاء الادارى
 فى فرنسا بهذه النظرية ، على أثر ما أحدثته الحرب الكبرى من الاضطراب فى
 العلاقات الاقتصادية . وأكثر ما يطبقها فى العقود المستمرة ، التى يستغرق
 تنفيذها وقتا طويلا ، قد تتغير فى غضونه الأحوال ، وتطرأ ظروف تخل بالتوازن
 الاقتصادى فى التعاقد .

أما القضاء المدنى فى فرنسا فلم يجار القضاء الادارى ، لتقيده بنصوص

(١) سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى طبعة ثالثة سنة ١٩٢٥ م ٨٣ ص ٧٤

هامش بحجة ٣ .

(٢) أنظر أيضا بحثا قويا فى هذا الموضوع للاستاذين شيرون وعمد صادق فهمى بك ،
 منشورا فى مجلة مصر المصرية مجلد ٢٢ ص ٣٧ — ٦٦ و ١٣٧ — ١٩٠ .

مكتوبة ، لا يتقيد بها القضاء الادارى . كذلك فى مصر قضت محكمة النقض بعدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة :

على أن هذه النظرية عادلة . ويمكن المشرع المصرى فى تقنينه الجديد أن يأخذ بها استنادا الى نظرية الضرورة فى الشريعة الاسلامية ، وهى نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج ، تتسع لنظرية الظروف الطارئة . ولها تطبيقات كثيرة ، سنذكر منها فيما يلى نظرية العذر فى فسخ الايجار . وقد أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية فى الشريعة الاسلامية ، وهى تماشى أحدث النظريات القانونية فى هذا الموضوع ، كما لاحظ ذلك الأستاذ لامبر (Lambert) . فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن ، الذى انعقد فى مدينة لاهاي فى سنة ١٩٣٢ ، حيث قال : « تعتبر نظرية الضرورة فى الفقه الاسلامى ، أشد ما تكون جزمًا وشمولًا ، عن فكرة يوجد أساسها فى القانون الدولى العام فى نظرية الظروف المتغيرة ، وفى القضاء الادارى الفرنسى فى نظرية الظروف الطارئة ، وفى القضاء الانجليزى فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التى نشأت بسبب الحرب ، وفى القضاء الدستورى الأمريكى فى نظرية الحوادث المفاجئة » (١)

وجوه نقص لم يسهل القضاء : نذكر من هذه هلاك الزرع فى الأرض المؤجرة ، واقتضاء ايجار بموت المستأجر ، واقتضاه بالعذر ، والابراء من الدين .

(١) هلاك الزرع فى العين المؤجرة : ينص القانون الفرنسى على أن المؤجر ضامن لهلاك الزرع بقوة قاهرة بعد نباته ، وللمستأجر أن يطلب انقاص الأجرة بنسبة ما هلك من الزرع (م ١٧٦٩ — ١٧٧٣ فرنسى) . وفى قانون

(١) أنظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الخامس القسم الفرنجى ص ٣٠٢ — ٣٠٣ — وقد ورد فى كتاب الاشياء والنظائر كثير من المبادئ الفقهية التى تسود فيها فكرة الضرورة : مثل ذلك قولهم : المشقة تجلب التيسير . لا ضرر ولا ضرار . الضرر يزال . للضرورات تبيح المحظورات . الضرر الأشد يزال بالضرر الأضعف . الضرر يدفع بقدر الامكان . الحاجة تزل منزلة الضرورة الخ . الخ .

الالتزامات السويسرى نص (م ٢٨٧) أكثر مرونة من نصوص القانون الفرنسى يقضى بأن مستأجر الأرض الزراعية الحق فى طلب ائقاص الأجرة ائقاصا نسبيا اذا نقص ريع الأرض المعتاد قضا محسوما بسبب وقوع حوادث أو كوارث غير معتادة . أما القانون المصرى فقد كان قاسيا على المستأجر ، فهولا يميزله أن يطلب ائقاص الأجرة اذا هلك الزرع بمحادثة جبرية (م ٣٩٢/٤٧٩) ، وعلى هذا الحكم سار القضاء .

وأولى بمشرعنا أن يعمل عن موقفه هذا ، فيوجب الضمان على المؤجر اذا هلك الزرع . ويكون فى هذا متققا ، لامع القوانين الفرنية فحسب ، بل مع الشريعة الاسلامية أيضا . فقد نصت المادة ٦٧٥ من كتاب مرشد الخيران على أنه اذا زرع المستأجر الأرض ، فأصاب الزرع آفة فهلك ، وجب عليه من الأجرة حصة ما مضى من المدة قبل هلاك الزرع ، وسقط حصة ما بقى من المدة أيضا . ونلاحظ أن هذا الحكم يقضى بأن يكون ائقاص الأجرة بنسبة المدة التى لم ينتفع فيها المستأجر بالعين ، لا بنسبة ما هلك من الزرع . وهذا هو المذهب الحنفى . أما مالك فذهب الى أبعد من ذلك ، وقفى بسقوط الأجرة حتى عما مضى من المدة قبل هلاك الزرع^(١) .

(٢) انقضاء الايجار بموت المستأجر : يقضى القانون المصرى بعدم انقضاء الايجار بموت المستأجر ، ما لم يكن الايجار حاصلا للمستأجر بسبب حرفته أو مهارته الشخصية (م ٤٧٨/٣٩١) . وهذا حكم غير عادل ، أخذه المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى . أرأيت لو أن موظفا ذا مرتب كبير كان يسكن دارا يدفع فيها أجرة عالية ، ثم مات وترك عياله ، وقد ائقط عنهم مرتب أبيهم ،

(١) أنظر كتابها مخطوطا للاستاذ مخلوف فى مقارنة القانون الفرنسى بمذهب مالك ، وقد ورد فيه ما يأتى (ص ٢٤٥ — ص ٢٤٦) : « اذا تلف الزرع بأفة ، مما للأرض مدخل فيه ، فإن تلف يئود الأرض أو قارها ، أو بما ينتفع منها من الماء ، أو بنحو حامل أو قضا وبهالك أو تأول أو عطش ، سقط كراء الأرض عن المكترى . والمدار فى السقوط على تلف الزرع بوجود ما ذكر فى المدة المستأجرة ، وإن لم تكن الأرض معتادة بذلك » .

واستبدلوا به معاشا قد يكون ضئيلا ، أيلتزمون بالبقاء في المار مدة الايجار ، يدفعون هذه الأجرة العالية من تركة أبيهم ، وهم أحوج الى استبقاء التركة من السكنى في دار فخمة ، أصبحت لا تتناسب مع حالتهم الجديدة ؟ الحق ان حكم الشريعة الاسلامية في هذه المسألة أعدل ، فهو يقضى بانتهاء الايجار بموت المستأجر . والأولى بالشرع المصري أن يستند الى هذا الحكم ليعطى وريثة المستأجر الخيار ، بعد موت مورثهم ، بين البقاء في العين المؤجرة أو الخروج منها حتى قبل انتهاء مدة الايجار . وقد فعل ذلك القانون الألماني (م ٥٦٩) وقانون الالتزامات السويسرى (م ٢٧٠ و ٢٩٧) والمشروع الفرنسى الايطالى (م ٤٤٠) ، مما يدل على أن مبدأ الشريعة الاسلامية هو أكثر اتفاقا مع المبدأ الذى سارت عليه القوانين الحديثة .

(٣) **انقضاء الايجار بالعدر** : هذا مبدأ قرره المذهب الحنفى في الشريعة الاسلامية . وهو أحد تطبيقات نظرية الضرورة التى أسلفنا الإشارة اليها . ويتلخص في أن عقد الايجار يفسخ بالعدر الطارىء . وذلك لأن الحاجة تدعو الى الفسخ عند العذر ، لأنه لو لم يعد العقد عند تحقق العذر ، لزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد ، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر (البدائع ٤ ص ١٩٧) . والعذر أما أن يرجع للعين المؤجرة ، كمن استأجر حماما في قرية مدة معلومة ، ففقر الناس ، ووقع الجلاء ، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . وأما أن يرجع للمؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لا يجده قضاءه الا من ثمن العين للمؤجرة ، فيجعل الدين عذرا في فسخ الاجارة ، وكذلك لو اشترى شيئا فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الاجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ ص ١٩٨ — ١٩٩ — الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ — ٤٦٣) . وأما أن يرجع العذر للمستأجر ، نحو أن يفسد فيقوم من السوق ، أو يريد سفرا ، أو ينتقل من الحرفة الى الزراعة ، أو من الزراعة الى التجارة ، أو ينتقل من حرفة الى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧) ، وكما اذا كانت الاجارة

لغرض ، ولم يبق ذلك الغرض ، أو كان عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعا ، تنقضى الاجارة من غير نقض ، كما لو استأجر انسانا لقطع يده عند وقوع الأكلة ، أو لقطع السن عند الوجع ، فبرأت الأكلة وزال الوجع ، تنتقض الاجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٨ . ابن عابدين ٥ ص ٧٦) .

وقد وضع الفقهاء للعذر معيارا مرنا ، فقال ابن عابدين (٥ ص ٧٦) : « والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المقيود عليه الا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله ، يثبت له حق الفسخ » . ويمكن أن نستخلص من الأحكام التفصيلية التي قررها الفقهاء في هذه المسألة القواعد الآتية : (١) لا يصح الفسخ للعذر اذا كان العاقد الذى يطلب الفسخ يريد أن يحقق منفعة تقوته بدون الفسخ . (٢) ولا يصح كذلك الفسخ للعذر اذا طلب العاقد ذلك لدفع ضرر عنه لا يزيد على الضرر الذى ينجم من الفسخ . (٣) ويصح الفسخ للعذر اذا كان العاقد يدفع عنه بالفسخ ضررا جسيما يزيد على الضرر الذى ينجم عن الفسخ .

ونظرية فسخ الايجار للعذر جديرة بأن يأخذ بها المشرع للمصرى . فبى من النظريات التى تشهد برقى الشريعة الاسلامية ومرونتها وصلاحياتها للتطبيق فى مختلف الظروف . وهى تتفق فى هذا مع أحدث مبادئ القانون وأرقاها . فقد قضى قانون الالتزامات السويسرى (م ٢٩٦) بجواز فسخ الايجار قبل انتهاء مدته ، اذا جدت ظروف خطيرة ، تجعل المضى فى الايجار مما لا يمكن احتماله .

وهذا المبدأ انما هو فى الواقع تطبيق لنظرية الحوادث الطارئة فى عقد الايجار .

(٤) الابرء : يعتبر الابرء فى قانوننا ، تبعاً للقانون الفرنسى ، اتفاقاً لا يتم الا بتوافق ارادتين . أما فى الشريعة الاسلامية فالابرء يتم بإرادة واحدة تصدر من اللائن . وقد ورد فى المادة ٢٣٩ من مرشد الخيران انه لا يتوقف الابرء على قبول المديون ، لكن اذا رده قبل القبول ارتد .

ونحن نؤثر التكييف القانونى الذى اتبعته الشريعة الاسلامية على

تكيف القانونين الفرنسى والمصرى لسبيين ، أولهما منطقي والآخر عملى .
 أما السبب الأول فهو أن الدائن الذى يرى ذمة المدين انما يتنازل عن
 حق له ، وكان يجب أن يتم ذلك بإرادته وحدها . وإذا كان التنازل عن الحق
 العينى يتم بالارادة المنفردة ، فلماذا لا يتم التنازل عن الحق الشخصى بالارادة
 للمنفردة كذلك ؟ عللنا هذا فى كتابنا (الالتزامات ١ ص ٧) بما يأتى : « يتم
 التنازل عن الحق العينى بإرادة منفردة ، لأن صاحب الحق ليست بينه وبين
 شخص بالذات علاقة مباشرة حتى يتفق معه على هذا التنازل . أما الحق الشخصى
 فالتنازل عنه لا يكون الا باتفاق الدائن والمدين ، لأن الحق علاقة مباشرة فيما
 بينهما ، فلا تزول الا باتفاقهما » .

وهذا التعليل هو كل ما استطعنا أن نقوله فى تبرير هذا التمييز بين التنازل
 والابراء . وهو بعد لا يستند الا الى نظرة ضيقة للحق الشخصى ، على اعتبار
 انه علاقة شخصية ، لا قيمة مالية . والا فأننا اذا أخذنا بالمذهب للمادى للالتزام ،
 واعتبرنا الحق الشخصى قيمة مالية كالحق العينى ، وجب أن يتم التنازل عن كل
 من الحقين بالارادة المنفردة . وهذا ما تقرره الشريعة الإسلامية .

وهناك سبب ثان لعدم اعتبار الابراء اتفاقا يتم بتوافق ارادتين ، اذ القول
 بهذا يبنى عليه أنه اذا صدر الايجاب من الدائن ، ومات للمدين قبل القبول ،
 فإن الابراء لا يتم . وهذه نتيجة غير عادلة . ولا يجوز القياس على الهبة فى امكان
 قبولها من ورثة الموهوب له اذا كان هذا قد توفى قبل القبول (م ٥١/٧٣) ،
 فإن هذا نص استثنائى لا يقاس عليه . أما اذا ذهبنا مع الشريعة الإسلامية الى
 أن الابراء يتم بإرادة الدائن وحده ، وصدرت هذه الارادة ، تم الابراء ،
 ولو مات المدين قبل رضائه ، بل وقبل علمه ، بذلك . وهذا ما يقرره صاحب
 كتاب مرشد الحيران فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٩ فيقول : « وان مات
 (أى المدين) قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته » .

فجهوه نقضى سرها القضاء بما يتفق مع أمظام الشريعة الإسلامية :
 نذكر من هذه الوجوه أحكاما تتعلق بالملكية الشائعة ، وبحقوق الارتفاق ،

وبالتزامات المؤجر ، وبإيجار الأراضي الزراعية ، وبضمان المستعير في عارية الاستعمال ، وباللعوى البولصية ، وبالعين في القسة .

(١) الملكية الشائعة : قدمنا أن التقنين المصرى لا يحوى الانصوصا قليلة مبعة في هذا الموضوع الخطير . مع أننا لورجنا للشريعة الاسلامية ، الى جانب أحكام القضاء ، وجدنا الشريعة غنية بأحكامها التى تتفق مع المنطق القانونى ، وتمشى مع عادتنا وتقاليدها . فهناك حكم يقرر مبدأ عاما في الملكية الشائعة ، أورده صاحب مرشد الحيران فيما يأتى (م ١٢) : اذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر ، فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته ، والتصرف فيها تصرفا لا يضر بالشريك ، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير اذن الشريك . ثم يفصل الأحكام بعد ذلك في نصوص كثيرة ، بعضها يعرض لحكم التصرف في العين المشاعة (م ٧٤٩ - ٧٥٣) ، وبعضها لسكنى الدار الشائعة (م ٧٥٥ - ٧٥٧) ، وبعضها للانتفاع بالعين المشتركة (م ٧٥٨ - ٧٦٢) ، وبعضها لهلاك العين (م ٧٦٣) ، وبعضها لعبارة الملك المشترك (م ٧١٤ - ٧٧٢) .

فللمشرع المصرى أن يختار من هذه الأحكام الكثيرة ما يتفق مع أحكام القضاء في هذا الموضوع .

(٢) مقوق الارتفاق : ويستطيع مشرعنا في حقوق الارتفاق كذلك أن يستعرض أحكام الشريعة الاسلامية الى جانب أحكام القضاء ، فيأخذ منها ما يصلح .

مثل ذلك انهدام السفلى . وقد رأينا القضاء يكلل حكم المادتين ٥٨/٣٧ ، فيجيز لصاحب المال أن يبنى السفلى ، ويرجع بمصاريف البناء على صاحب هذا السفلى ، فإذا سجل المشرع المصرى هذا الحكم في تقنينه الجديد ، وجد مستندا له في الشريعة الاسلامية ، وحكما ما يأتى : اذا هدم صاحب السفلى سفله تعديا ، يجب عليه تجديد بنائه ، ويجبر على ذلك (م ٦٦ مرشد الحيران) . واذا انهدم

السفل بلا صنع صاحبه ، فلعينه بناؤه بلا جبر عليه ، فان امتنع صاحب السفلى من تعميده ، وعمره صاحب العلو باذن صاحبه أو باذن القاضى ، فله الرجوع على صاحب السفلى بما أنفق على العمارة ، بالغ ما يبلغ قدره . وأن عمره بلا اذن صاحبه أو اذن القاضى ، فليس له الرجوع الا بقيمة البناء . وتقدر القيمة بمعرفة أرباب الخبرة زمن البناء لا زمن الرجوع . ولصاحب العلو أن يمنع فى الحالتين صاحب السفلى من سكناه والانتفاع به ، حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره باذن القاضى ، ويستخلص حقه من أجرته .

وهناك أحكام أخرى فى العلو والسفل ، وفى الحائط المشترك ، يصح الرجوع اليها فى التقنين الجديد (أنظر م ٦٤ و ٦٥ و ٦٨ و ٧٠ و ٧١ من كتاب مرشد الحيران) .

(٣) التزامات المؤجر : تختلف هذه الالتزامات فى القانون المصرى عنها فى القانون الفرنسى . فالمؤجر ، فى القانون المصرى ، يسلم العين فى الحالة التى هى عليها (م ٤٥٢ / ٣٦٩) . ولا يلتزم بإجراء مرمت (م ٤٥٣ / ٣٧٠) ، وليس هناك نص يلزمه بضمان العيوب الخفية . أما القانون الفرنسى فيلزم المؤجر بتسليم العين فى حالة حسنة من الترميم (م ١٧٢٠ فرنسى ققرة أولى) ، ويوجب عليه إجراء المرمات الضرورية (م ١٧٢٠ ققرة ثانية) ، ويجعله ضامنا للعيوب الخفية (م ١٧٢١) . ولا شك فى أن القانون الفرنسى أعدل من القانون المصرى فى هذه المسائل الثلاث . على أنه يمكن الاستعانة بأحكام الشريعة الاسلامية ، للتقريب فيما بين القانونين .

فتسليم المؤجر للعين فى الحالة التى هى عليها ، وإن كان حكما مأخوذا من الشريعة الاسلامية (أنظر م ٦٤٢ مرشد الحيران) ، يمكن تعديله ، من طريق الشريعة الاسلامية نفسها ، حتى يقترب من القانون الفرنسى فى ثلاثة وجوه :

(١) يجب تسليم العين المؤجرة فى حالة تسمح باستغلالها على الوجه المطلوب . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية . فقد ورد فى البدائع (جزء ٤ ص ١٨٧) أنه

يشترط في الإيجار أن يكون العقود عليه ، وهو المنفعة ، مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا . وهذا ما يحكم به القضاء المصري (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ١٧٣ نمرة ٣٠٤) . (ب) ويجب كذلك في التسليم التخلية والتسكين من الانتفاع بدفع الموانع ، كما تقتضى بذلك الشريعة الإسلامية (البدائع ٤ ص ١٧٩) . فإذا كانت المين مشغولة بأشياء أو بأشخاص ، وجب على المؤجر تخليتها ، ولا يقتصر على تسليمها في الحالة التي هي عليها . (ج) ولا تبرأ ذمة المؤجر من التزامه بالتسليم ، إذا تغير الشيء بفعله أو بفعل غيره ، تغيرا يخل بالمنفعة قبل التسليم . ولا يقتصر التزامه في هذه الحالة على تسليم الشيء تالفا في الحالة التي هو عليها (م ٦٤٢ مرشد الحيران) .

أما القيام بالمرمات الضرورية ، فبنا أيضا قد أخذ المشرع المصري حكمه عن الشريعة الإسلامية . اذ تنص المادة ٦٤٥ من كتاب مرشد الحيران على أنه لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها ، وترميم ما اختل من بنائها ، وأصلاح ميازيبها ، وإن كان ذلك عليه لا على المستأجر . ولكن الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الأمر يعدل من هذا الحكم كما عدل من الحكم الأول ، ويدنو بنا من حكم القانون الفرنسي . فإذا كان المؤجر لا يجبر على اجراء المرمات الضرورية ، إلا أنه اذا لم يقم بها ، كان للمستأجر الحق في فسخ الإيجار . وقد جاء في ابن عابدين ما يأتي (جزء ٥ ص ٦٦ - ٦٧) : « عمارة الدار المستأجرة وتطيينها واصلاح الميزاب وما كان من البناء على رب الدار ، وكذا كل ما يخل بالسكنى . فان أبى صاحبها أن يفعل كان للمستأجر أن يخرج منها ، إلا أن يكون المستأجر استأجرها وهي كذلك ، وقد رآها ، لرضاه بالعيب . . وفي الجوهرة . وله أن ينفرد بالفسخ بلا قضاء » . أما اذا قام المؤجر بالمرمة ، فحصر فيها عليه لا على المستأجر . على أنه يمكن العثور على قول في الشريعة الإسلامية . يجعل المؤجر ملزما بالقيام بالمرمات ، فيجبر على تنفيذ التزامه عينا ، لا من طريق التهديد بفسخ العقد . ففي مذهب الامام مالك ، على جاء في كتاب مخطوط للأستاذ مخلوف سبقت الإشارة اليه : « لا يجبر مالك الدار المؤجر

لها على الاصلاح للمكترى الساكن مثلاً ، سواء كان ما احتاج للاصلاح يضر بالساكن أم لا ، حدث بعد العقد أم لا . وهو مذهب ابن القاسم فى المدونة . ويخير الساكن بين السكنى ، فيلزمه الكراء ، والخروج منها . وأما غير ابن القاسم ، وهو ابن حبيب ، فيقول يجبر الآجر على الاصلاح كما قال ابن عبد السلام وبه العمل . لكن الخلاف خاص بالمضر اليسير ، وأما اذا كان كثيراً فلا يلزمه الاصلاح ، اجماعاً فالسند يوافق المذهب على قول ابن حبيب مع تقييد الاصلاح باليسير » (ص ٢٣٤) .

أما التزام المؤجر بضمان العيوب الخفية ، فاذا كان لا يوجد فيه نص فى القانون المصرى ، فان فى الشريعة الاسلامية نصوصاً صريحة فى ذلك ، اذا أخذ بها مشرعنا ، بعد أن أخذ بها قضاؤنا ، اقترب كثيراً من حكم القانون الفرنسى . فقد جاء فى ابن عابدين (جزء ٥ ص ٦٤) : « الاجارة تفسخ بخيار العيب الحاصل قبل العقد أو بعده ، بعد القبض أو قبله . فاذا كان العيب حاصلًا قبل العقد ، فيشترط أن المستأجر لم يكن رآه وقت ذلك . فان رآه ، فلا خيار لرضاه به » (انظر أيضاً شرح العناية على الهداية ٧ ص ٢٢٠ . البدائع ٤ ص ١٩٥ - ١٩٧) .

(٤) ايجار الأرض الزراعية : نصت المادتان ٣٨٧/ ٤٧٢ على أنه يجب على مستأجر الأرض للزراعة ، الذى قاربت مدة ايجاره على الانتهاء ، أن يمكن المستأجر اللاحق من تهيئة الأرض للزراعة والبذر ، ما لم يحصل للمستأجر السابق ضرر من ذلك . ولا يوجد نص على الفرض العكسى ، اذا انتهت المدة المحددة للايجار ، وبقيت فى الأرض زراعة لم تحصد . وقد جرى القضاء على أنه اذا انتهت مدة الايجار ، ولم ينضج الزرع ، وألزم المستأجر بتسليم الأرض بما فيها من الزرع ، فله مطالبة المؤجر والمستأجر الجديد بتعويض الخسارة التى ألتمت به لهذا السبب (استئناف أهلى ٣٠ يناير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ١٨٩ — استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١) . وهذا الحكم عادل .

وإذا أراد مشرعنا أن يورده في التقنين الجديد ، استطاع أن يستند في ذلك الى أحكام الشريعة الاسلامية ، فانها تذهب في حماية المستأجر الى أبعد من ذلك ، اذ تلزم المؤجر أن يبقى الأرض في حيازة المستأجر بأجر المثل حتى ينضج زرعه (م ٦٧٨ و ٦٧٩ من كتاب مرشد الحيران) .

وهناك أحكام كثيرة في المزارعة والمساقاة يمكن استمدادها من الشريعة الاسلامية أيضا .

(٥) ضمانة المستعير في عارية الاستعمال : يقضى القانون الفرنسى على المستعير ، في عارية الاستعمال ، بأن يحفظ الشيء المعار من الهلاك ، ولو بتضحية شيء مملوك له (م ١٨٨٢ فرنسى) . ولا نص في القانون المصرى على ذلك . ولكن يمكن الأخذ بحكم القانون الفرنسى ، استنادا الى الشريعة الاسلامية ، فقد ورد في المادة ٧٩١ من كتاب مرشد الحيران : « اذا كان في امكان المستعير منع التلف من العارية ، بأى وجه ، ولم يمنعه ، يكون متعمدا فيضمنها » .

(٦) الدعوى البوليصة : في هذه الدعوى حكم معروف يقضى بأنه لا يجوز للدائنين الطعن في وفاء المدين بالمدين لأحدهم دون الباقى ، لأن الدائن الذى استوفى دينه له حق في ذمة المدين يتقاضاه ، فلا يمكن أن يقال أنه تواطأ معه للأضرار ببقية الدائنين . ويستطيع المشرع المصرى أن ينص على هذا الحكم ، مستندا في ذلك الى الشريعة الاسلامية . فقد جاء في المادة ٢١٠ من كتاب مرشد الحيران : « اذا كثرت غرماء المدين ، وكان ماله لا يفي بجميع الديون المطالبة لهم ، فله أن يقدم من شاء منهم ، ويؤثره على غيره . وإن قضى دين أحدهم ، فليس للآخرين أن يجبروا القابض على تقسيم ما قبضه بينه وبينهم » .

(٧) الفسخ في القسمة : يقضى القانون الفرنسى (م ٨٨٧ فقرة ثانية)

يجوز الطعن في القسمة اذا زاد النبن على الريع . ولا يتضمن القانون المصرى نصا يجيز الطعن بالنبن في القسمة . ولكن القضاء ، بالرغم من ذلك ، يجيز هذا

الطعن . وهو تارة يحدد الغبن بالريع تمشياً مع القانون الفرنسى ، وطورا يجعل هذا التحديد تقديرية لعدم وجود النص . وغنى عن البيان أن هذا القضاء الذى يجيز الطعن بالغبن فى حالة لا نص عليها هو قضاء اجتهادى ، فى حاجة الى سند قانونى . وهذا السند موجود فى الشريعة الاسلامية . فقد جاء فى شرح المجلة ما يأتى (ص ٦٢٤) : « ثم انه اذا ثبت الغبن الفاحش بطلت القسمة اذا كانت بالقضاء اتفاقاً ، لأن تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد . ولو وقت بالتراضى تبطل أيضاً فى الأصح لأن شرط جوازها المعادلة ، ولم توجد ، وبه جزم أصحاب المتون وصححه الشروح واختاره فى المنح تبعاً للسكافى وقاضيهان » .

* * *

بينما فيما تقدم العيوب الموضوعية والشكلية التى تجعل تقنيننا المدنى غير صالح للمهمة التى وجد من أجلها ، ونعتم علينا مراجعته . وبينما الى جانب ذلك على أى أساس تبنى هذه المراجعة فى الشكل وفى الموضوع^(١) . ولما كانت المراجعة على النحو الذى ننصح به عملاً دقيقاً ، يستغرق وقتاً طويلاً ، ويقتضى مجهوداً كبيراً ، وجبت المبادرة بالعمل . وكلما عجلنا فى ذلك ، كلما اتسع لنا الوقت ، وتهيأت الظروف الصالحة لانتهاء العمل على الوجه الذى يرضى اطماع أمة ناهضة . على أن كل ما قدمناه ، اذا دل على أن تقنيننا مريب وأن مراجعته ضرورية ، واذا بين الأسس العملية التى يمكن أن تقوم عليها هذه المراجعة ، فليس معناه أن المراجعة قد مهدت سبيلها ، وأصبح البت فى القيام بها أمراً ميسوراً . فان الرغبة ، مهما كانت صادقة ، فى عمل تقنين ، هى شئ آخر غير عمل التقنين بالفعل . وتدل التجارب فى مسائل التقنين ، على أن الرغبة وحدها لا تغنى شيئاً . بل ان توافر الوسائل الفنية ذاتها لا يكتفى . فان التقنين أمر يقوم على

(١) كنا نود أن نقترح مشروعاً لتعديل التقنين المدنى ، فى بعض اجزائه على الاقل ، ونزاعى فى وضع نصوص هذا المشروع ما قدمناه من الملاحظات ، وننبه على الأسس التى ذكرناها . ولكننا خشينا الاطالة ، وقد نمود الى هذا فى فرصة أخرى .

النشاط ، وهو روحه الدافعة . فاذا انعدم هذا النشاط أو قتر ، سار التقنين سير بطيئاً ملتوياً ، يتمثر عند كل منعرج ، ويصطدم في كل عقبة ، ولما يصل الى نهاية الطريق . وهذا هو السر في أن التقنيات المعطى لم تتم في عصور كبار الفقهاء والمتشرعين ، بل في عهود امتازت بنشاط رجال عظماء ، جعلوا التقنين قضيتهم ، وحاطوه برعايتهم ، حتى وصلوا به الى الغاية ، في غير فتور ولا استئمامة . يشهد بذلك تقنيات چوستنيان ، وفردريك الأكبر ، ونابليون ، وغلبيوم الثاني ، والخديوى اسماعيل .

فهل لمصر أن تؤمل ، في عهد نهضتها الحاضرة ، أن تضم الى انتصاراتها في النشاط العلمي والنشاط الاقتصادى ، انتصاراً جديداً في النشاط القانونى ، فتعمل على اخراج تقنين مدنى جديد ، يكون فخراً لها ، وعلماً ترفعه بين الأمم الشرقية ؟

أرجو أن يكون ذلك قريباً

CA
62

Bibliotheca Alexandrina



0399081